Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelmsuniversität zu Münster

vorgelegt von
Burkhard Oexmann
aus Dortmund
1977

Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelmsuniversität zu Münster

vorgelegt von
Burkhard Oexmann
aus Dortmund
1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Chr.-Fr. Menger
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Werner Hoppe
Dekan:	Prof. Dr. Welp
Ende der Bearbeitung:	24. Juni 1977
Tag der mündlichen Prüfung:	19. Dezember 1977

Meinem verstorbenen Vater

Gliederung

	Seite
Erster Teil: Beanstandung im genetischen Gefüge von Verfassung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit	1
§ 1 Historische Entwicklung der Beanstandung als kommunalaufsichtliches Instrument	1
I. Begründung der Geschichtsbetrachtung	1
1. Methodologische Begründung	1
2. Verfassungsrechtliche Begründung	2
II. Einzeldarstellung der geschichtlichen Entwicklungsphasen	4
1. Kommunalaufsicht in der preußischen Städteordnung von 1808	4
2. "Revidirte Städte-Ordnung" vom 17. März 1831	7
3. Die kommunale Gesetzgebung im übrigen Deutschland	8
4. Ideengeschichtliche Bedeutung des Jahres 1848 für die Beanstandung	8
5. Preußische Gemeindeordnung 1850	12
6. Preußische Städteordnung vom 30. Mai 1853	15
7. Andere gesetzliche Regelungen	16
8. Preußische Kreisordnung von 1872	17
9. Preußische Provinzialordnung von 1875	18
10. Zuständigkeitsgesetz von 1883	19
11. Entwicklung der Beanstandung bis 1949	19
§ 2 Verfassungsrechtliches Verhältnis der Beanstandung zu öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfen und zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten Privater	23
I. Problemstellung	23
II. Beanstandung im Verfassungsstaat des souveränen Monarchen	25
1. Recht und Gesetz im Souveränitätsstaat	25
2. Rechtswidrigkeit im Souveränitätsstaat	26
3. Funktion der Beanstandung im Souveränitätsstaat	28
III. Beanstandung im Rechtswegestaat (Art. 19 Abs. 4 GG)	29

Seite

IV. Beanstandung und Individualrechtsschutz 31
1. Subsidiarität der Beanstandung 32
2. Vereinbarkeit der Beanstandung mit Rechtsbehelfs- und Klagemöglichkeiten Dritter 34
a) Rechtswidrigkeiten der Gemeinde mit Wirkungen im Bereich des Zivilrechts 34
b) Rechtswidrigkeiten der Gemeinde im Bereich des öffentlichen Rechts 35
c) Inkongruenz von Beanstandung und öffentlich-rechtlichem Rechtsbehelf 35
d) Verschiedenartigkeit der Verfahrensgegenstände 36

§ 3 Verhältnis von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit 39
I. Problemstellung 39
II. Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert 41
III. Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit 43
1. Süddeutscher und preußischer Typ der Verwaltungsgerichtsbarkeit 43
2. Organisatorische Verbindung von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert 45
3. Trennung der Beanstandung vom Verwaltungsgerichtsverfahren 46
IV. Verfassungsrechtliche Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz 49
V. Begriffliche Angrenzung von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit 50
1. Untersuchungsmethode 50
2. Abgrenzungskriterien 51
a) Formelle Regelung 51
b) Institutionelle Unabhängigkeit 52
c) Verfahrensorganisation 53
VI. Materielle oder funktionelle Begriffsbestimmungen für die Abgrenzung des Beanstandungsvorganges vom Verwaltungsgerichtsverfahren 54
1. Rechtsanwendung 55
2. Streitentscheidung 55
3. Rechtsschutzgewährung 56
4. Rechtskontrolle 57
5. Abänderbarkeit der Abschlußentscheidung 58

Seite

§ 4 Beanstandung als Mittel zur Kontrolle exekutorischer (gemeindlicher) Rechtmäßigkeit 60
I. Begriffsbestimmungen 60
1. Kontrolle 61
2. Aufsicht 64
3. Verantwortung 64
II. Beanstandung als Kontrollinstrument der Kommunalaufsichtsbehörde 66

§ 5 Bedeutung des veränderten Selbstverwaltungsverständnisses für die Beanstandung 69
I. Selbstverwaltungsbegriff und Verhältnis Staat-Gemeinde 70
II. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und das Verhältnis Staat-Gemeinde 71
III. Verflechtungen zwischen Staat und Gemeinden 73
IV. Systematisierung der vertikalen Verflechtungen von Staat und Gemeinden 74
1. Raumplanung 75
2. Konjunkturlenkung 75
3. Kreis-Gemeinden-Verbund 76
4. Finanzverbund 76
V. Neue Definition der gemeindlichen Selbstverwaltung 77
1. Politisch-soziologische Funktion 77
2. Juristischer Begriff der Selbstverwaltung 78
VI. Konsequenzen für die Beanstandung 80
1. Funktionsosmose und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG 80
2. Konsequenzen für die Beschränkung auf die Rechtsaufsicht 81
3. Örtliche Angelegenheiten als Teil-Tätigkeit im vertikalarbeitsteiligen Prozeß 82
4. Extensive Auslegung der gemeindlichen Mitwirkungsbefugnisse und Erweiterung potentiell beanstandungsfähiger Tätigkeit 82

Zweiter Teil: Ausgestaltung, Handhabung und Rechtsschutzmöglichkeiten der Beanstandung 85

§ 6 Bestimmung der Rechtsnatur des Beanstandungsverfahrens und des Beanstandungsaktes 85
I. Zweck der Bestimmung des Rechtscharakters 85

Seite

II. Bestimmung der Rechtsnatur durch Auslegung der die Beanstandung regelnden Vorschriften des Gemeinderechts 85
1. Grammatikalisch-logische Interpretation 85
a) Unbestimmtheit des Begriffs "Beanstandung" 86
b) Unbestimmtheit des Begriffs "Kommunalaufsichtsbehörde" 87
2. Systematische Interpretation 89
3. Historische Interpretation 91
4. Teleologische Interpretation 94
III. Beanstandung als Verwaltungsakt 97
1. Subsumtionstätigkeit 98
2. Rechtsrüge 100
3. Selbstberichtigungsbefehl 101
4. Suspensiveffekt 103
a) Suspensiveffekt nach der VwGO 103
b) Suspensiveffekt der Beanstandung 104
5. Rückgängigmachungsgebot 106
6. Kritik an der Auffassung vom kommunalaufsichtlichen Verwaltungsakt 106
7. Zwischenergebnis 109

§ 7 Materielle Voraussetzungen der Beanstandung 110
I. Gegenstand der Beanstandung 110
1. Gesetzliche Regelung 110
2. Erweiterung der Beanstandungsgegenstände durch Rechtsprechung und Literatur 110
a) Beschlüsse 111
b) Anordnungen 114
2. Beschlüsse von Ausschüssen 115
3. Negative Beschlüsse 116
4. Nichtige Beschlüsse 117
5. Beschlüsse politischen oder ähnlichen Inhalts 119
6. Unausführbare und vollzogene Beschlüsse bzw. Anordnungen 120
a) Unausführbarkeit 121
b) Vollzug 122
II. Rechtswidrigkeit des Beanstandungsgegenstandes 124
1. Begriff der Rechtswidrigkeit 125
2. Verstöße gegen aufsichtsbehördliche Anordnungen
3. Zweiteilung der Rechtswidrigkeit 126
4. Rechtswidrigkeit bei unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen 127
5. Teilweise Rechtswidrigkeit 128

Seite

6. Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit 130
7. Indizien weiterer Rechtswidrigkeit 130
a) Verletzung gemeindlicher Staatstreuepflicht 130
b) Geordneter Verwaltungsgang 132
c) Finanzielle Leistungsfähigkeit 133
d) Haushaltsgrundsätze 133
III. Beanstandung fiskalischer (privatrechtlicher) Gemeindetätigkeit 134
1. "Öffentliches Interesse" 135
2. Kritik der Rechtsprechungs- und Schrifttumsansicht 138
3. Zwischenergebnis 140
IV. Beanstandung und Opportunitäts-/Legalitätsprinzip 142

§ 8 Das formelle Beanstandungsverfahren 146
I. Zuständigkeitsfragen 146
II. Die subjektiven Voraussetzungen der Beanstandung 147
III. Dienstliche und private Kenntnis von Rechtswidrigkeiten 150
IV. Anspruch der Gemeinde auf rechtliches Gehör 152
V. Bindung an höchstrichterliche Rechtsprechung 154
VI. Begründungszwang und Eindeutigkeit der Beanstandungsverfügung 157
VII. Form, Frist und Rechtsmittelbelehrung 158
VIII. Adressat und Bekanntgabe der Beanstandungsverfügung 164
IX. Beanstandung bei grenzüberschreitender Zusammenarbeit 165
X. Kosten der Beanstandung 167
XI. Abweichende Regelungen des Beanstandungsverfahrens 167
XII. Amtshaftung der Kommunalaufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden 170

§ 9 Beanstandung und Widerspruchsverfahren 172
I. Problemstellung 172
II. Beanstandung und Widerspruchsverfahren in Rheinland-Pfalz und im Saarland 173
1. Organisatorische Stellung der Rechtsausschüsse 173
2. Beanstandungsklage als Rechtskontrolle 174
3. Beanstandungsklage als Relikt des preußischen Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit 175

Seite

III. Beanstandung und Widerspruchsverfahren in Bayern, Bremerhaven und Baden-Württemberg 178
1. Rechtsrüge und Widerspruchsbescheid der Aufsichtsbehörde 178
2. Widerspruchsbescheid als Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde 180
3. Beanstandung und Bestandskraft fehlerhafter Gemeindeakte 182

§ 10 Rechtsschutz der Gemeinde gegen die Beanstandung 184
I. Rechtsschutzfähigkeit der Gemeinde 184
II. Probleme des Rechtsschutzverfahrens 186

§ 11 Beanstandung und Drittbetroffene 191
I. Anspruch Dritter auf kommunalaufsichtliche Beanstandung 191
II. Rechtsschutz des Drittbetroffenen gegen Beanstandungen 193
III. Beanstandung und Vertrauensgrundsatz 194

Literaturverzeichnis

Abreß, Hubert	Kommunale Selbstverwaltung zwischen Freiheit und Planung, Referat auf der Benelux-Gemeindekonferenz 1973 in: Eildienst LKT NW 1973, 241
Anterist, Heinz	Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts, Neuwied u.a. 1968
Baring, Martin	Die kommunale Selbstverwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Der Städtetag 1952, 105
Bark, Christoph	Das gemeindeinterne Beanstandungsverfahren, Jur.Diss. Heidelberg 1966
Becker, Erich	Kommunale Selbstverwaltung, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey, Vierter Band, 2. Halbband, 2. Auflage, Berlin 1972, S. 673
Berchtold, Klaus	Gemeindeaufsicht, Wien u.a. 1972
Berkenhoff (ohne Vorname)	Die Austrägalfunktion der inneren Gemeindeverfassung in: DVBl 1953, 42
Berkenhoff, Hans-Albert	Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Siegburg 1965
Bettermann, Karl August	Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: AöR 92. Band (1967), 496
Bettermann, Karl August	Anm. zum Beschluß des BVerfG v. 11. 10. 1966 (NJW 1967, 435) in: NJW 1967, 435
Bettermann, Karl August	Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger in NJW 1969, 1321

Bettermann, Karl August	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Auflage, Berlin 1972, S. 779
Biering, Otto	Die Ausgestaltung der Staatsaufsicht über die Gemeinden nach den Entwürfen der neuen Städte- und Landgemeindeordnung in Preußen, Jur. Diss. Düsseldorf 1929
Bittner (ohne Vorname)	Rechtsberatung, Rechtsbetreuung und Prozeßvertretung kreisangehöriger Gemeinden durch den Landkreis in: DVBl 1973, 24
Blümel, Willi	Raumordnung und kommunale Selbstverwaltung in: DVBl 1973, 436.
Bocks, Gerd	Der Rechtsschutz der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen gegenüber Maßnahmen der Kommunalaufsicht, Kommunal- und Landesrecht 1, Köln 1970
Böhme, Ernst	Staat und Selbstverwaltung, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Auswahl aus den Vorlesungen und Vorträgen des Verwaltungslehrgangs Nordrhein-Westfalen, herausgegeben von Hermann Wandersleb, Band I, Stuttgart 1949, S. 111
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von H.J. Abraham u.a., Hamburg 1950 ff., Loseblattausgabe, Stand: 36. Lieferung (August 1976)
Borchert, Hartmut	Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt, Schriften zum deutschen Kommunalrecht, herausgegeben von Christian-Friedrich Menger und Albert von Mutius, Band 12, Siegburg 1976

Breuckmann, Elmar	Bericht über die Diskussionsbeiträge zu Vorträgen über "Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht", in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 19, Berlin 1963, S. 129
Brunner, Georg	Kontrolle in Deutschland, Köln 1972
Bull, Hans Peter	Anm. zu BVerwG, Urt. v. 10. Dez. 1970 (DVBl 1971, 579) in: DVBl 1971, 581
Dallmayer, Peter	Staatsaufsicht über Verbandskörperschaften, Jur. Diss. Würzburg 1967
Deinlein, Adam	Das bayrische Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung, in: BayVBl 1961, 4
Drews (ohne Vorname)	Vom Ausbau der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZgesStW 78. Jahrg. 1924, 586
Elleringmann, Rudolf	Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, Verwaltung und Wirtschaft Heft 18, Stuttgart 1957
Ellwein, Thomas - Görlitz, Axel	Parlament und Verwaltung, 1. Teil, Gesetzgebung und politische Kontrolle, Stuttgart u.a. 1967
Engeli, Christian - Haus, Wolfgang	Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, Stuttgart 1975
Erichsen, Hans-Uwe	Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Frankfurt 1971
Erler, Georg	Die verwaltungspolitischen Ideen der 1848er Bewegung, ihre Grundlagen und Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetze von 1850, Jur. Diss. Münster 1928

Ernst, W.	Fortentwicklung des Planungsrechts in BayBM 1972, 57
Evangelisches Staatslexikon	Herausgegeben von Hermann Kunst, Roman Herzog und Wilhelm Schneemelcher, 2. Auflage, Stuttgart 1975
Eyermann, Erich-Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Auflage, München 1977
Festschrift für Wolff	Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Christian-Friedrich Menger, München 1973
Fingerhut, Reinhard	Die planungsrechtliche Gemeindenachbarklage, Schriften zum deutschen Kommunalrecht, herausgegeben von Christian-Friedrich Menger und Albert von Mutius, Band 11, Siegburg 1976
Fliegauf, Harald	Nochmals: Zur Widerspruchsentscheidung in Selbstverwaltungsangelegenheiten durch die Landratsämter in: BWVBl 1963, 53
Forsthoff, Ernst	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Justizstaat in: DÖV 1959, 41
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
Fricker, Carl Viktor	Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, Tübingen 1865
Fröhler, Ludwig	Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München 1957
Frotscher, Werner	Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte? in: DÖV 1971, 259

Fuchs, Arthur	Wesen und Wirken der Kontrolle - Betrachtungen zum staatlichen Kontrollwesen in der Bundesrepublik (Bundesrechnungshof), Tübingen 1966
Galette, Alfons - Laux, Eberhard	Kommentare zur Gemeindeordnung - Kreisordnung - Amtsordnung für Schleswig-Holstein, 2. Auflage, Wiesbaden 1972
Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland	Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V. Berlin, Band 9, mit einer Einführung von Wilhelm Loschelder, 3. Auflage, Stuttgart u.a. 1965
Gerth, Erich	Die Beanstandung rechtsverletzender Beschlüsse kommunaler Vertretungskörperschaften durch die Hauptverwaltungsbeamten nach nordrhein-westfälischem Recht in: DÖD 1959, 130
Glass, Klaus-Peter	Die Realität der Kommunalaufsicht, Schriften zur Verwaltungslehre , Heft 1, Köln 1967
Gneist, Rudolf	Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen, Berlin 1869
Gneist, Rudolf	Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Berlin 1879, 2. Aufl.
Goes, Paul	Das Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung in: BWVBl 1960, 49
Gönnenwein, Otto	Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 511
Gönnenwein, Otto	Gemeinderecht, Tübingen 1963
Görlitz, Axel	Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, Neuwied 1970

Grawert, Rolf	Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Gemeinden in: DVBl 1971, 484
Grumbkow, Waldemar von	Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, Berlin 1921
Häberle, Peter	Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg v.d.H. 1970
Häfelin, Ulrich	Die Rechtspersönlichkeit des Staates, Tübingen 1959
Heermann, Werner	Der Gemeinderatsbeschluß, Schriften zur öffentlichen Verwaltung, Band 10, Würzburg 1975
Heffter, Heinrich	Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 2. Auflage, Stuttgart 1969
Heide, H.J. von der	Standort und Fortentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung - Gefährdung und Chancen in unserer Zeit in: SKV 1973, 275
Helmreich, Karl - Widtmann, Julius	Bayrische Gemeindeordnung, Kommentar, 3. Auflage, München 1966
Henke, Wilhelm	Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1969
Henn, Walter/ Köth, Lothar	Saarländische Gemeindeordnung - GemO -, Wiesbaden 1967
Heuser, Ernst	Die Kommunalaufsicht in: BayBM 1970, 29
Hofmann, Walter - Beth, Alfred - Dreibus, Heinz	Die Kommunalgesetze für Rheinland-Pfalz, Siegburg 1975
Hölzl, Josef	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 5. Auflage (1. Ergänzungslieferung März 1971), München 1971
Hoppe, Werner	Zwischengemeindliche planungsrechtliche Gemeindenachbarklagen, Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 307

Huber, Ernst Rudolf	Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I, Reform und Restauration, 1789-1830, Stuttgart 1957
Huber, Ernst Rudolf	Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Band 1, Stuttgart 1961
Jellinek,Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, Nachdruck Tübingen 1919
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931, unveränderter Neudruck, Offenburg 1948
Jesch, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht in: AöR 82, Band (1957), 163
Jesch, Dietrich	Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben in: DÖV 1960, 739
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Kern, Eduard - Wolf, Manfred	Gerichtsverfassungsrecht, 5. Auflage, München 1975
Kewenig, Wilhelm A.	Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament in: DÖV 1973, 23
Klein, Hans H.	Der Rechtsschutz der Gemeinden gegen Maßnahmen der Staatsaufsicht in: Die Verwaltung 1968, 145
Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung, 33. Auflage, München 1977
Klüber, Hans	Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Berlin u.a. 1972
Knack, Jans-Joachim	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, Köln u.a. 1976

Knemeyer, Franz-Ludwig	Bayrisches Kommunalrecht, München 1973
Kopp, Ferdinand O.	Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976
Kopp, Ferdinand O.	Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München 1977
Körner, Hans	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Köln u.a. 1973
Köttgen, Arnold	Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber Schriftenreihe des Vereins zur Pflege kommunalwissenschaftlicher Aufgaben e.V. Berlin, Stuttgart 1957
Kottenberg, Kurt - Rehn, Erich	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 10. Auflage, Siegburg 1973, 2. Ergänzungslieferung Juni 1975
Kottenberg, Kurt - Steffens Heinz - Heinrichs, Wilhelm	Rechtsprechung zum Kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Siegburg 1956, 19. Ergänzungslieferung, Stand vom Dezember 1975
Kratzer, Jakob	Der Widerspruch in: BayVBl 1960, 165
Krumsiek, Ralf	Zwischenbilanz zur Gemeindefinanzreform in: AfK 10. Jahrgang 1971, 54
Ksoll, Eberhard- Küchenhoff, Günther - Schöndorf, Anton	Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, Kommunalrecht, 3. Auflage, Düsseldorf 1972
Kuhn, Gustav	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein, Flensburg 1968
Kuntzmann-Auert, Marion	Rechtsstaat und kommunale Selbstverwaltung, Köln 1967
Kunze, Richard/ Schmidt, Carl/ Bronner, Otto/ Rehm, Franz-Karl	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 3. Auflage, Stuttgart 1969, 9. Ergänzungslieferung November 1976

Kunze, Richard	Probleme der Kommunalaufsicht in Baden-Württemberg in: DÖV 1954, 430
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1975
Laux, Eberhard	Geschichte und Systematik der Staatsaufsicht und der modernen Aufsichtsmittel über Gemeinden und Kreise in Deutschland, Jur.Diss. Kiel 1951
Leibholz, Gerhard	Das Prinzip der Selbstverwaltung und der Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz in: DVBl 1973, 715
Leibholz, Gerhard/ Rinck, Hans-Justus	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage, Köln 1975 (mit Ergänzungslieferung 1976)
Leisner, Walter	Privatinteressen als öffentliches Interesse in: DÖV 1970, 217
Linden, Horst	Rechtsstellung und Rechtsschutz der gemeindlichen Selbstverwaltung, Jur. Diss. Köln 1969
v. Loebell, Friedrich Wilhelm	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 3. Auflage, Wiesbaden 1976
Lohr, Valentin	Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, Heft 28 der Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien Bochum u.a., Stuttgart 1963
Lorz, Albert	Natur-, Tierschutz- und Jagdrecht, 2. Auflage, München 1967
Lüersen, Karl- Neuffer, Martin	Niedersächsische Gemeindeordnung (NGO), Wiesbaden ab 1955, Stand März 1976

Mang, Johann- Maunz, Theodor- Mayer, Franz - Obermayer, Klaus	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, Dritter Teil, Verwaltungsrecht, 4. Auflage, München 1975
Mang u. Widtmann (ohne Vornamen)	Fiskalische Gemeindeverwaltung und Rechtsaufsicht in: BayVBl 1960, 109
Martens, Wolfgang	Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1969
Masson, Christoph - Samper, Rudolf	Bayrische Kommunalgesetze, München 1952, 25. Ergänzungslieferung Februar 1976
Matzerath, Horst	Kunjunkturrat und Finanzplanungsrat in: AfK 11. Jahrgang 1972, 243
Maull, Heinz	Die Staatsaufsicht über Gemeinden und Gemeindeverbände in Preußen, Berlin 1932
Maunz, Theodor - Düring, Günter - Herzog, Roman	Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Lieferung 1-14, 3 Bände, München 1976
Mayer, Franz/ Ule, Carl Hermann	Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-Pfalz, Stuttgart 1969
Meiss, Wilhelm	Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß in: ZZP 67. Band (1954), 169
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
Menger, Christian-Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht (VerwArchiv), jeweils mit Band, Jahresangabe und Seitenzahl
Menger, Christian-Friedrich	Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland in: DÖV 1963, 726
Menger, Christian-Friedrich	Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, Versuch einer Bilanz in: DÖV 1969, 153

Menger, Christian-Friedrich	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Auflage, Berlin 1972
Menger, Christian-Friedrich	Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Karlsruhe 1975
Menger, Christian-Friedrich/ Erichsen, Hans-Uwe	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, jeweils mit Band, Jahresangabe und Seitenzahl
Meyer, Hans/ Borgs-Machiejewski, Hermann	Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt 1976
Menzel, Eberhard	Mitglieder des Rechnungshofes - Beamte oder Richter? in: DVBl 1969, 71
Mörtel, Georg	Staatliche Ersatzvornahme bei kommunalen Verordnungen in: BayVBl 1961, 74
Müller, Arthur	Die Beanstandung von Beschlüssen kommunaler Körperschaften wegen Rechtswidrigkeit im preußischen Kommunalrecht, Jur.Diss. Münster 1933
Müller-Heidelberg, Klaus	Anm. zu OVG Münster Urt. v. 23.1.1963 in: DVBl 1963, 863
Münch, Ingo von	Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Artikel 21 bis Artikel 69), München 1976
Mutius, Albert von	Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, Berlin 1969
Mutius, Albert von	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Interessenkollision bei Mitwirkung an Entscheidungen im Bereich der kommunalen Bauleitplanung in: VerwArchiv 65 (1974), 429

Niese, Werner	Über den Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß in: JZ 1952, 353
Odenbreit, Walter- Hensel, August-Wilhelm	Gemeindeordnung, Amtsordnung, Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen, 13. Auflage, Münster 1968
Oelgarth, Bernd	Konkunkturpolitische Pflichten der Gemeinden und die Garantie ihrer Wahrnehmung durch die Länder in: DVBl 1970, 532
Oertzen, Hans Joachim von	Das Verfahren vor den Rechtsausschüssen in Rheinland-Pfalz in: Der Landkreis 1960, 367
Oertzen, Hans Joachim von	Zur Zulässigkeit der Aufsichtsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung - Zugleich ein Beitrag zum Umfang der Beteiligtenfähigkeit der Behörden in: DVBl 1961, 650
ohne Verfasser	Beanstandungspflicht bei Verstoß der Gemeinde gegen § 90 II GO (heute: 67 II GO) in: KPBl 1962, 41
ohne Verfasser	Zum Aufhebungsrecht der Kommunalaufsichtsbehörden in: Eildienst LKT NW 1963, 106
Ossenbühl, Fritz	Die Zustimmung des Bundesrates beim Erlaß von Bundesrecht in: AöR Band 99 (1974), 369
Pagenkopf, Hans	Einführung in die Kommunalwissenschaft, 3. Auflage, Münster 1975
Pagenkopf, Hans	Kommunalrecht, Bd. 1, Verfassungsrecht, 2. Auflage, Köln 1975
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Auflage, München 1977

Pappermann, Ernst	Zur Problematik der Kreisentwicklungsplanung in: DÖV 1973, 505
Pappermann, Ernst	Das zwischengemeindliche Nachbarrecht - BVerwGE 40, 323 in: JuS 1973, 689
Pappermann, Ernst	Verwaltungsverbund im kreisangehörigen Raum in: DÖV 1975, 181
Peters, Hans	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926
Peters, Hans	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Erster Band: Kommunalverfassung, Berlin 1956
Peters, Karl	Strafprozeß, 2. Auflage, Karlsruhe 1966, mit Nachtrag 1970
Petersen, Andreas	Kommunalaufsicht - Eine kritische Betrachtung in: SKV 1969, 130
Prandl, Josef/ Gillessen, Joachim	Verwaltungsgemeinschaft und Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Schriftenreihe des Bayrischen Gemeindetags, Heft 4, 2. Auflage, München 1971
Prandl, Josef/ Zimmermann, Hans	Gemeinderecht in Bayern, Leitsatz-Kommentar zum Kommunalrecht, München, ab 1968, 25. Lieferung (Rechtsstand vom 1. Spetember 1976)
Püttner, Günter	Die Einwirkungspflicht in: DVBl 1975, 353
Quaritsch, Helmut	Staat und Souveränität, Band 1: Die Grundlagen, Frankfurt 1970
Ramin, Eberhard	Die Geschichte der Selbstverwaltungsidee seit dem Freiherrn vom Stein, Jur.Diss. Münster 1972
Rauball, Johannes und Reinhard	Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, München 1974

Redeker, Konrad/ Oertzen, Hans-Joachim v.	Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage, Stuttgart u.a. 1975
Reuter, Konrad	Rechtsaufsicht über die Gemeinden und Opportunitätsprinzip Jur.Diss. Tübingen 1967
Roters, Wolfgang	Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Köln 1975
Roters, Wolfgang	Kommunale Spitzenverbände und funktionales Selbstverwaltungsverständnis in: DVBl 1976, 359
Püfner, Wolfgang	Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, Bonn 1962
Rüfner, Wolfgang	Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: DÖV 1963, 719
Rumpf, Helmut	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in: VVDStRL Heft 14, Berlin 1956, S. 136
Rupp, Hans Heinrich	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
Rupp, Hans Heinrich	Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung in: AöR Band 88 (1963), 479
Salzmann, Heinrich - Schunck, Egon - Hofmann, Walter - Schrick, Alfred	Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz 3. Auflage, Siegburg 1965
Salzwedel, Jürgen	Kommunalrecht, in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, herausgegeben von Loschelder und Salzwedel, Köln u.a. 1964, S. 217
Salzwedel, Jürgen	Staatsaufsicht in der Verwaltung in: VVDStRL Band 22, Berlin 1965, S. 206

Sandt, Theodor van de	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Münster 1949
Sandtner, Walter	Die Enquête-Kommission Verfassungsreform in der 6. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages in: DVBl 1973, 774
Sarwey, Otto von	Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880
Schandau, Heinz	Das Jagdrecht in Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden 1967
Schaper (ohne Vorname)	Vom Inhalt der Kommunalaufsicht und der Handhabung ihrer Eingriffsrechte in: SKV 1962, 85
Schatzmann, Jürgen	Der Staatskommissar im Gefolge der kommunalen Neuordnung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1972
Scheerbarth (ohne Vorname)	Gibt es weiterhin "Auftragsangelegenheiten" im Land Nordrhein-Westfalen? in: DVBl 1953, 261
Scheuner, Ulrich	Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger, Tübingen 1970, S. 379
Scheuner, Ulrich	Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, in: AfK 12. Jahrgang (1973), 1
Schiedermair (ohne Vorname)	Widerspruchs- und Aufsichtsverfahren in: BayVBl 1961, 357
Schlegelberger, Erwin-Wiese, Rolf	Gemeindeverfassungen in den deutschen Bundesländern einschließlich der Stadt-Umland-Regelungen. Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Band 1, herausgegeben von Christian-Friedrich Menger und Albert von Mutius, Siegburg 1975

Schlempp, Hans	Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung (HGO), Wiesbaden ab 1969, Stand November 1976
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Grundfragen des Städtebaurechts, Göttingen 1972
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: VVDStRL Heft 34, 221, Berlin 1976
Schmitt, Günther	System der Rechtsaufsicht über die Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, Jur.Diss. Erlangen 1962
Schmitt, Günther	Staatsaufsicht und Rechtsverfolgung in: BayVBl 1973, 478
Schmitt, Walter	Kommunale Verordnungen und staatliche Aufsicht in: BayVBl 1959, 401
Schnapp, Friedrich E.	Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht, Jur.Diss. Bochum 1969
Schnapp, Friedrich E.	Gemeinden als Grundrechtsträger in: Der Städtetag 1969, 534
Schnapp, Friedrich E.	Zum Funktionswandel der Staatsaufsicht in: DVBl 1971, 480
Schnapp, Friedrich E.	Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht als Verwaltungsakt in: DÖV 1971, 659
Schnapp, Friedrich E.	Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht, Kommunal- und Landesrecht, Heft 2, Herford 1972
Scholler, Heinrich	Gemeinden und Verwaltungsgerichtsordnung in: BayVBl 1961, 97
Scholler, Heinz	Die Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde in: DÖV 1966, 232

Scholler, Heinrich - Broß, Siegfried	Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1976
Scholz, Rupert	Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: VVDStRL Heft 34, S. 145, Berlin 1976
Scholz, Ruth	Das Staatsaufsichtsrecht der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 unter besonderer Berücksichtigung des bisherigen preußischen Rechts, Jur.Diss. Berlin 1936
Schröcker (ohne Vorname)	Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht in: DÖV 1963, 576
Schrödter, Hans	Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht in: DVBl 1963, 713
Schuegraf, Elmar	Grenzen der Staatsaufsicht über die Rechtsetzung der Gemeinden in: BayVBl 1964, 103
Schunck, Egon- De Clerk, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, Siegburg 1977
Schwabe, Johannes	Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Herford 1975
Schwarze, Jürgen	Zum Nutzen einer Systembildung für die Kontrolle der Staatsgewalt in: DVBl 1974, 893
Seeger, Richard - Wunsch, Hermann - Burkhardt, Hans-Georg	Gemeinderecht in Baden-Württemberg, Stuttgart 1975
Seele, Günter	Die besonderen staatlichen Exekutivbefugnisse der kommunalen Selbstverwaltung, Jur.Diss. Göttingen 1964
Sellmann, Martin	Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit - ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 1, Karlsruhe 1963, S. 25

Sellmann, Martin	Karl von Rottecks Gedanken zum Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in: DÖV 1965, 737
Simon (ohne Vorname)	Anmerkung zum Beschluß des BVerwG v. 29. Okt. 1968 (IV B 7/68) in: BayVBl 1969, 100
Stein, Ekkehard	Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967
Stern, Klaus/ Münch, Paul/ Hansmeyer, Karl-Heinrich	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 1972
Stiefel, Karl	Zum Fortbestand der Verwaltungsrechtsbehelfe in den Ländern. Ein Beitrag zur Auslegung des § 76 Verwaltungsgerichtsordnung und zur Abgrenzung des Begriffs Verwaltungsakt in: DÖV 1960, 19
Stober, Rolf	Zum Beanstandungsrecht der Germeinderäte in: SKV 1974, 235
Stratmann, Alfred	Die Staatsaufsicht über die Gemeinden nach der Deutschen Gemeindeordnung, Berlin 1937
Streit, Wolfgang	Die Staatsaufsicht im eigenen Wirkungskreis der Gemeinden nach der sächsischen Gemeindeordnung vom Jahre 1923/25, Leipzig 1932
Surén, Friedrich-Karl - Loschelder, Wilhelm	Dei Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 2 Bände, Berlin 1940
Svarez, Carl Gottlieb	Vorträge über Recht und Staat, Band 10 der Wissenschaftlichen Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, herausgegeben von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, Köln u.a. 1960
Tettinger, Peter J.	Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, Frankfurt u.a. 1973

Thierfelder, Hans	Zur Widerspruchsentscheidung in Selbstverwaltungsangelegenheiten durch die Landratsämter in: BWVBl 1962, 184
Thierfelder, Hans	Nochmals: Zur Widerspruchsentscheidung in Selbstverwaltungsangelegenheiten durch die Landratsämter. - Erwiderung auf den gleichnamigen Beitrag von Fliegauf in BaWüVBl 1963, 53 ff. in: BWVBl 1963, 137
Triepel, Heinrich	Die Reichsaufsicht, Berlin 1917
Ule, Carl Hermann	Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß in DVBl 1954, 137
Ule, Carl Hermann	Anm. zu BVerwG, Urt. v. 10. Febr. 1960 in: DVBl 1960, 515
Ule, Carl Hermann	Anm. zu VGH Mannheim, Urt. v. 21. Mai 1963, DVBl 1964, 156 in: DVBl 1964, 156
Ule Carl Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, 6. Auflage, München 1975
Unruh, Georg Christoph von	Die Einrichtung der kommunalen Selbstverwaltung als staatspolitische Aufgabe in: DVBl 1973, 1
Unruh, Georg Christoph von	Die kommunale Selbstverwaltung im Grundgesetz und ihr genetisches Modell, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, Öffentliches Recht und Politik, Berlin 1973, S. 391
Unruh, Georg Christoph von	Gebiet und Gebietskörperschaften als Organisationsgrundlagen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in: DVBl 1975, 1
Unruh, Georg Christoph von	Gemeinderecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, herausgegeben von Ingo von Münch, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1976, S. 77

Utermann, Kurt	Der Kampf um die preußische Selbstverwaltung im Jahre 1848, Berlin 1937
Voigt, Rüdiger	Staatliche Finanzgarantie und kommunale Selbstverwaltung in: Die Verwaltung 1974, 335
Vorbeck, Hans-Jürgen	Die Anfechtbarkeit kommunalaufsichtlicher Akte durch Dritte, Jur.Diss., Tübingen 1968
Weber, Werner	Staats- und Selbstverwaltung in der Kreisinstanz in: DVBl 1952, 5
Weber, Werner	Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Heft 9 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studie, Göttingen 1953
Weber, Werner	Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 19, Berlin 1963, S. 17
Weber, Werner	Der Staat in der unteren Verwaltungsinstanz, 2. Auflage, Köln u.a. 1964
Weißhaar, Erwin	Allgemeines Kommunalrecht in Niedersachsen, Herford 1974
Wenzel, Alfons	Rechtsanspruch auf Rechtsaufsicht? in: BayBM 1973, 61
Werner (ohne Vorname)	Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: DVBl 1952, 549
Wilke, Dieter	Über Verwaltungsverantwortung - Bemerkungen zu einem ungebräuchlichen Begriff in: DÖV 1975, 509
Wolff, Hans J. - Bachof, Otto	Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974 Verwaltungsrecht II, 4. Auflage, München 1976
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht III, 3. Auflage, München 1973

Zinsow, Peter	Anmerkung zu: VGH Mannheim, Beschl. v. 10. Dez. 1965, in: DVBl 1966, 829
Zuhorn, Karl - Hoppe, Werner	Gemeindeverfassung, Band 1, 2. Auflage, Siegburg 1962

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten v. 5. Febr. 1974 (zit. nach §, Teil und Titel)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Az.	Aktenzeichen
bad. Reg.Bl.	badisches Regierungsblatt
BauR	Baurecht. Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BaWü	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
Bay	Bayern, bayrisch
BayBM	Bayrischer Bürgermeister (Zeitschrift)
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter
BBahnG	Bundesbahngesetz
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BFernStrG	Bundesfernstraßengesetz
BJagdG	Bundesjagdgesetz
Brh	Bremerhaven
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWVBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Jan. 1935
DÖD	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt

Endurt.	Endurteil
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fußn.	Fußnote
GebG	Gebührengesetz
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
GOBaWü	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GOBay	Gemeindeordnung Bayern
GOHess	Gemeindeordnung Hessen
GONds	Gemeindeordnung Niedersachsen
GONW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen
GORhPf	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GOSaar	Gemeindeordnung Saarland
GOSchHol	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVNW	Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
Hess	Hessen, hessisch
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
i.V.m.	in Verbindung mit
Jahrg.	Jahrgang
Jur.Diss.	Juristische Dissertation
JuS	Juristische Schulung
KostenG	Kostengesetz
KPBl	Kommunalpolitische Blätter
KrO	Kreisordnung
LGebG	Landesgebührengesetz
Eildienst LKT	Eildienst des Landkreistages Nordrhein-Westfalen
LPachtG	Landpachtgesetz
LuftVerkG	Luftverkehrsgesetz
LVerf	Landesverfassung
LVwGSchHol	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein
MRVO	Militärregierungsverordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds	Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch

OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
prGO	preußische Gemeindeordnung
pr.GS.	preußische Gesetzessammlung
prOVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
prOVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts
prPrO	preußische Provinzialordnung
prStO	preußische Städteordnung
Rdnr.	Randnummer
Reg.Bl.	Regierungs-Blatt
RGBl	Reichsgesetzblatt
RhPf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RuPrVBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
Saar	Saarland, saarländisch
SchHol	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
scil.	scilicet (lat.: nämlich)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StabG	Stabilitätsgesetz
StGH	Staatsgerichtshof
StO	Städteordnung
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
VA	Verwaltungsakt
Verf.	Verfassung
VerfBrh	Verfassung Bremerhaven
VerwArchiv	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland (Entscheidungssammlung)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof, Verfassungsgerichtshof
VGH n.F.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs (neue Fassung)
vgl.	vergleiche

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zit.	zitiert
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Im übrigen wurden die Abkürzungen nach

Kirchner, Hildebert,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
2. Auflage, Berlin 1968,

benutzt.

Thematische Hinführung

Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz charakterisiert in seinem Urteil vom 1. Juli 1974 (Az. 7 A 16/72; AS 13, 412, 415) die kommunalaufsichtliche Beanstandung als Rechtsinstitut, das "eine gewisse Ähnlichkeit mit einem verwaltungsgerichtlichen Urteil" aufweise.

Die Unklarheit dieses Difinitionsversuches spiegelt eine weitgehende Unsicherheit über die Einordnung der Beanstandung in das System rechtsstaatlicher Legalitätskontrolle wider. Mag dies auch zunächst erstaunen, die Ursachen für diese offenkundigen Schwierigkeiten liegen letztlich in der historischen Betrachtung des Aufsichtsinstruments Beanstandung. Seit ihrer ersten gesetzlichen Normierung in § 140 der Preußischen Gemeindeordnung vom 11. März 1850 haben sich die staatlichen Verfassungen in Deutschland umwälzend verändert. Diese Umwandlungen sind für die Stellung der Beanstandung im System der Kommunalaufsicht weniger weitreichend. Wenn PAGENKOPF (Kommunalrecht S. 375) dieses Aufsichtsmittel als eine dem Wesen der Repressivität "am nächsten kommende Einwirkungsmöglichkeit im Sinne einer rechtmäßigen Verhaltensweise" bezeichnet, bezieht sich diese Charakterisierung auf die Beanstandung an sich. Die verfassungsrechtlichen Umwälzungen seit 1850 haben aber gerade die Stellung der Beanstandung im Kontext staatlicher Rechtsmäßigkeitsüberprüfung verändert. Freilich ist diese verfassungsrechtlich Perspektive dabei in der Wechselwirkung nicht ohne Einfluß auf das Wesen der Beanstandung selbst geblieben.

Trotz ihrer historischen Entstehung und Fortentwicklung weist die Beanstandung eine unverkennbare Aktualität auf. Der Zwischenbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform in der 6. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages nennt in seiner Bestandaufnahme die verwaltungs-

interne Kontrolle als erste der drei im demokratisch-parlamentarischen Rechtsstaat existenten Kontrollkategorien.

Die schwerpunktmäßige Problematisierung - Wesen der Beanstandung einerseits, ihre Einordnung in das System staatlicher Rechtskontrolle andererseits - bestimmt den gewählten zweiteiligen Gang der Untersuchung. Im ersten Komplex soll die kommunalaufsichtliche Beanstandung im genetischen Gefüge von Verfassung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit beleuchtet werden. Sodann gilt im zweiten Teil das Interesse der Ausgestaltung und Handhabung sowie den Rechtsschutzfragen der Beanstandung. Diese Methode gewährleistet die Berücksichtigung der veränderten verfassungsrechtlichen Wechselwirkung bei der Erörterung praktischer Einzelprobleme.

Die Untersuchung behandelt die teilweise erheblich divergierenden Beanstandungsregelungen in den acht Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland wie auch in Bremerhaven. Synoptisch wird so der Partikularismus im deutschen Kommunalrecht der Gegenwart überwunden.

Erster Teil: Beanstandung im genetischen Gefüge von Verfassung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

§ 1 Historische Entwicklung der Beanstandung als kommunalaufsichtliches Instrument

I. Begründung der Geschichtsbetrachtung

Die auf Vollständigkeit angelegte Darstellung eines Rechtsinstituts verlangt geradezu die Erörterung seiner geschichtlichen Entstehung und Fortentwicklung.

1. Methodologische Begründung

Zunächst rechtfertigt sich dieser Untersuchungsgang aus methodologischen Gesichtspunkten.
Die Beanstandung taucht als Rechtsinstitut zum ersten Mal im Jahre 1850 [1] auf. Diese für das politische wie staats- und verfassungsrechtliche Selbstverständnis Deutschlands elementare Epoche wird als der "Nach-März" bezeichnet. Spannt man von diesem Zeitpunkt der Geburt der Beanstandung bis in die kommunalrechtliche Gegenwart einen Bogen, unter dem wie Grundpfeiler die Gründung des Deutschen Reiches 1871, das Werden der Weimarer Republik, Aufstieg und Fall der Hitler-Herrschaft und - schließlich - die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland vor dem Hintergrund ihres Grundgesetzes fußen, so drängt sich die Erkenntnis auf, daß bereits die Analyse der strukturellen Bestandteile der Beanstandung eine historische Betrachtung voraussetzt.

---

1) vgl. § 53 Nr. 2) S. 2 Preußische Gemeindeordnung v. 11. März 1850, pr. GS. S. 213-251, abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 310-344

Dies gilt umso mehr, weil diese Methode den für eine kommunalrechtliche Dissertation ergebnislosen Streit der Historiker über mögliche Gesetzmäßigkeiten von Geschichtsabläufen erübrigt. Statt zu untersuchen, ob die Beanstandung als Rechtsinstitut eine kreislaufförmige Entwicklungsform beschrieben hat oder aber in wellenähnlichen Entwicklungslinien verlaufen ist, beschreibt die mittels geschichtlicher Betrachtung gewonnene Analyse schlicht die strukturellen Ergebnisse der Entwicklung dieses Instituts.

2. Verfassungsrechtliche Begründung

Materiell rechtfertigt sich die Darstellung des geschichtlichen Werdens der Beanstandung aus ihrer Eigenschaft als kommunalaufsichtliches Instrument, dessen Bedeutung und Funktion im Einklang mit der institutionellen Garantie der Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stehen müssen. Das Bundesverfassungsgericht [2] beschränkt die allgemeine Kommunalaufsicht in gemeindlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten grundsätzlich auf die Rechtsaufsicht [3]. Beanstandungen werden als Eingriffe in den Eigenverantworungsbereich nur "in extremen Fällen" zugelassen [4].
Stellt sich aber die Frage nach der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der Beanstandung mit dem grundgesetzlichen Verständnis vom Wesen der Selbstverwaltung, so unterliegt dieses Mittel der Kommunalaufsicht den gleichen Untersuchungsmethoden wie Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG selbst.
Im neueren Schrifttum stößt die historische Betrachtung der Selbstverwaltungsgarantie auf wachsende Kritik. Das "historisierende Interpretationsverfahren" gerate in

---

2) BVerfG, Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 ff.
3) BVerfG a.a.O. (116)
4) a.a.O. (118)

zunehmende Distanz zum Vorverständnis des Verfassungsgebers; die Veränderung der faktischen Verfassungsposition der Gemeinden in den letzten zehn Jahren lasse die Indizfunktion einer geschichtlichen Betrachtungweise bedenklich erscheinen [5) 6)]. SCHEUNER [7)] modifiziert diese Bedenken gegen die historische Auslegungsweise, indem er hervorhebt, die auf den Freiherrn vom Stein und die Theoretiker der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückgehenden Gedankenbilder böten für die neueren Entwicklungen der kommunalen Selbstverwaltung nur begrenzte Hilfe.

Demgegenüber betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung [8)], bei der Definition des Wesens der Selbstverwaltung müsse der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung in gewissem Ausmaß Rechnung getragen werden [9)].

Den Kritikern der historischen Methode zur Interpretation des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist einzuräumen, daß zwischen ihrem funktionalen Vorverständnis der gemeindlichen Selbstverwaltung [10)] und der eher auf Antinomie von Gemeinde und Staat zielenden Auffassung von den "örtlichen" Angelegenheiten ein Zusammenhang im Sinne geschichtlicher Kontinuität fehlt. Dieser Mangel an historischer Ableitbarkeit rechtfertigt aber keineswegs

---

5) München-Roters Art. 28 Rdnr. 42

6) Schmit-Aßmann, Städtebaurecht S. 127

7) AfK 12 (1973), 1 (3)

8) BVerfG, Urt. v. 20. März 1952, BVerfGE 1, 167 (178); BVerfG, Beschl. v. 29. April 1958, BVerfGE 7, 358 (364); BVerfG, Beschl. v. 2. Dez. 1958, BVerfGE 8, 332 (359); BVerfG, Beschl. v. 12. Juli 1960, BVerfGE 11, 266 (274); BVerfG, Beschl. v. 26. Nov. 1963, BVerfGE 17, 172 (182); BVerfG, Urt. v. 18. Juli 1967, BVerfGE 22, 180 (205); BVerfG, Beschl. v. 21. Mai 1968, BVerfGE 23, 353 (366); BVerfG, Beschl. v. 24. Juni 1969, BVerfGE 26, 228 (238);

9) so auch Leibholz/Rinck Art. 28 Rdnr. 13

10) beispielhaft v. München-Roters Art. 28 Rdnr. 44

die vollzogene Abkehr von der geschichtsorientierten Interpretationsmethode.
Begründend sei zunächst darauf hingewiesen, daß der Sinn der Selbstverwaltungsgarantie ohnehin nur in der Gewährleistung der "essentialia" dieses Begriffes besteht, während die "accidentalia" jederzeit gesetzlicher Regelungsfähigkeit unterliegen [11]. Die historische Entwicklung der Selbstverwaltung dient als Erkenntnisquelle [12], nicht als Veränderungssperre zugunsten einer systemimmanenten status-quo-Dogmatik des gesamten Kommunalrechts. Vernüftige und plausible Änderungen sind dann nicht ausgeschlossen, wenn sie das überkommene System fortentwickeln und nicht zu einer Aushöhlung der Selbstverwaltung führen [13].
Die nachfolgende Darstellung der historischen Entwicklung der Beanstandung als kommunalaufsichtliches Instrument vermag jedoch eine "Geschichte des Beanstandungsrechts" nicht zu schreiben; dafür war und ist die Zersplitterung des Gemeinderechts zu groß, so daß sich die Entwicklung dieses Rechtsinstituts partikularistisch vollzogen hat [14].

II. Einzeldarstellung der geschichtlichen Entwicklungsphasen

1. Kommunalaufsicht in der preußischen Städteordnung von 1808

Die Selbstverwaltung des 18. Jahrhunderts kannte den Begriff der Staatsaufsicht nicht, weil dem staatlichen Aufbau ein Subordinationsverhältnis Staat-Gemeinde fremd war. Für den in der Einheitlichkeit aller Staatsgewalt gipfelnden Absolutismus gab es keine dialektische Gegen-

---

11) VGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7. Juli 1956, OVGE 11, 149 (150)

12) VGH Nordrhein-Westfalen a.a.O.

13) BVerfG, Beschl. v. 12. Mai 1968, BVerfGE 23, 353 (367)

14) Bark S. 3

überstellung unterer Gebietskörperschaften zur staatlichen Spitze [15]. Selbständigkeitsprivilegien konnten nur als Geschenk aus absolutistischen Souveränitätsrechten verliehen werden. Typische Erscheinung für die preußische Städteverfassung seit 1670 waren die vom Kurfürsten als Steuerkommissare eingesetzte "comissarii loci" [16], die nach den Vorschriften der Kriegs- und Domänenkammern in die städtische Verwaltung eingriffen. Dies führte zu einer Ausübung von Vormundschaft über die Städte. LAUX [17] charakterisiert das im frühen 18. Jahrhundert entstandene Verhältnis von Staat und Städten als Bevormundung; der Staat habe "anstelle und für die Gemeinde" gehandelt. Dieses unbeschränkte staatliche Eingriffsrecht [18] fand schließlich seine gesetzliche Grundlage in §§ 108 ff. II 8 ALR; danach mußten Städte und deren Organe den unmittelbaren Anordnungen der Aufsichtsbehörde Folge leisten. Diese Regelung kam den Instituten Bevormundung und Leitung im Minderjährigenrecht gleich.

Die auf Initiative des Freiherrn vom Stein geschaffene Preußische Städteordnung vom 19. November 1808 [19] führte zu einer weitgehenden Verselbständigung der Gemeinden infolge stark eingeschränkter staatlicher Aufsicht [20]. § 169 Satz 1 Preußische Städteordnung 1808 verpflichtete den Magistrat zur Leitung der gesamten "Geschäftsführung in allen das Gemeinwesen betreffenden Angelegenheiten". Zwar bestimmte § 189 Abs. 4 Satz 2, daß diese "Geschäftsführung des Magistrats" der "Aufsicht und Kontrolle" unterworfen sei; Satz 3

---

15) Laux S. 15

16) Heffter S. 31

17) S. 20

18) Arthur Müller S. 19

19) Sammlung der für die Königlichen Preußischen Staaten erschienenen Gesetze und Verordnungen von 1806 bis zum 27sten Oktober 1810 (Anhang zur Preußischen Gesetzessammlung, 1822, S. 324 ff.), abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 104-134

19) dazu Ramin S. 29-36, 40; Heffter S. 96

der gleichen Vorschrift verpflichtete den Magistrat aber lediglich zur Auskunftserteilung und Berichterstattung.
Das Rechtsinstitut der Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle war der preußischen Städteordnung von 1808 unbekannt [12].
Zwar schrieb § 127 Satz 2 dem Magistrat vor, die Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse der Stadtverordneten-Versammlung zu verhindern. Dieser Regelung fehlt aber selbst der Charakter eines gemeindeinternen Beanstandungsverfahrens, da sie dem Magistrat Befugnisse im Bereicht der faktischen Beschlußausführung einräumt, ihn jedoch nicht befähigt, die rechtliche Wirksamkeit eines fehlerhaften Beschlusses zu hemmen oder gar aufzuheben. Auch können § 188 Satz 2 Preußische Städteordnung 1808 keinerlei Gesichtspunkte für das Rechtsinstitut "Beanstandung" entnommen werden. Die dort geschaffene Möglichkeit der Stadtverordneten-Versammlung, Pflichtwidrigkeiten des Magistrats, zu denen Rechtswidrigkeiten zählten, zur Anzeige zu bringen, bedingt nicht etwa als Korrelat hierzu das aufsichtsrechtliche Mittel der Beanstandung.
So gesehen ließ die Steinsche Städteordnung ein an Intensität ausreichendes Eingriffsinstrumentarium der Staatsaufsicht über die Städte vermissen. Außer Berichten und Auskünften (vgl. § 189 Abs. 3 Satz 3 prStO) fehlte es an Mitteln staatlicher Einwirkung, so daß dieser Mangel die Effizienz der ohnehin schwachen Aufsichtsrechte fraglich machte [22].
v.GRUMBKOW [23] sieht im Fehlen der gesetzlichen Regeln die Quelle für Diskrepanzen zwischen den städtischen und staatlichen Behörden jener Epoche, bis später "in der Aufsichtsbefugnis der Beanstandung das zukunftsreiche Lösungsmittel gefunden" worden sei. Diese Auffassung

---

21) Arthur Müller S. 19; Bark S. 6; vgl. Laux S. 24
22) v. Grumkow S. 32
23) S. 33

orientiert sich jedoch mehr am Ziel der Staatsinteressenwahrung und dem der Wahrung des Wesens der Selbstverwaltung als am Postulat der Aufsichtsbeschränkung auf Fälle gemeindlicher Rechts- und Gesetzeswidrigkeiten.
Der Mangel an repressiven Eingriffsrechten der Staatsaufsicht [24] verdeutlicht, daß die Steinsche Städteordnung ein geradezu defizitäres Einwirkungsinstrumentarium zur Verfügung stellte.

2. "Revidirte Städte-Ordnung" vom 17. März 1831 [25]

Dieses Gesetz bedeutete für die Städte Preußens eine Rückwärtsentwicklung im Verhältnis zur Steinschen Reform. Die Aufsichtsrechte wurden in § 139 Abs. 1 lit. b) dahin erweitert [26], daß die Regierungen als Oberaufsicht des Staates berechtigt und verpflichtet wurden, "dafür zu sorgen, daß die Verwaltung fortwährend in dem vorgeschriebenen Gange bleibe und angezeigte Störungen beseitigt werden". Da diese Generalklausel eine präzise Abgrenzung der staatlichen Aufsichtsbefugnisse nicht traf, schaffte sie den Aufsichtsbehörden eine schrankenlose Eingriffsbefugnis. Wegen dieser generalklauselartigen Ausformung des Aufsichtsrechts über die Städte erübrigte sich selbstverständlich die Normierung eines differenzierten Rechtsinstituts wie das der Beanstandung [27].
Das in § 115 Satz 1 der revidierten preußischen Städteordnung normierte Recht der Aufsichtsbehörde, über die Begründetheit der Widersprüche des Magistrats zu entscheiden, zeigt keine Kriterien, die es in die Nähe der Beanstandung als Mittel der Rechtskontrolle bringen könnten. Zum einen beschränkt sich diese Prüfungsbefugnis nicht auf Rechtmäßigkeitsgesichtspunkte, sondern umschließt alle Aspekte des Gemeinwohls; zum anderen

---

24) v. Grumbkow S. 34, Arthur Müller S. 19

25) Preußische Gesetzessammlung 1831, S. 10-33; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 183-204

26) Laux S. 29; Arthur Müller S. 19

27) vgl. v. Grumbkow S. 55; Bark S. 6

darf die Aufsichtsbehörde nicht eigeninitiativ in Aktion treten. Vielmehr bedarf sie des Anstosses von außen in Form des Widerspruchs des Magistrats.

3. Die kommunale Gesetzgebung im übrigen Preußen

Das Kommunalrecht in den übrigen Teilen des Deutschen Bundes nahm eine unterschiedliche, vom Partikularismus wesentlich geprägte Entwicklung [28]. An der Schaffung der Beanstandung oder eines ihr verwandten Instituts fehlt es. Die kommunalaufsichtliche Rechtsentwicklung nimmt - insgesamt betrachtet - seit 1831 eine Entwicklung, die infolge des Mangels differenzierter Kontrollinstrumente ein Defizit staatlicher Aufsichtsbefugnisse [29] zugunsten direkter Lenkungsmittel bewirkt. Typische Erscheinungen dieser Tendenz sind die Westfälische Landgemeindeordnung vom 31. Oktober 1841 [30] wie auch die Rheinische Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845 [31]. Beide Gesetze enthalten unter Verzicht auf detailliertere Regelungen in § 123 Abs. 1 lit. b) bzw. § 114 lit. b) die völlig identische und auf § 139 Abs. 1 lit. b) der revidierten preußischen Städeordnung 1831 zurückgehende Generalklausel zum ungehinderten Eingriff der Aufsichtsbehörden in die Selbstverwaltung.

4. Ideengeschichtliche Bedeutung des Jahres 1848 für die Beanstandung

Die Aufzeichnung der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsinstituts der kommunalaufsichtlichen Beanstandung kann nicht am politischen und ideengeschichtlichen Prozeß [32] vorbeigehen, für den das Jahr 1848 symbolhaft steht.

---

28) dazu im einzelnen: Laux S. 34-41

29) v. Grumbkow a.a.O.

30) Preußische Gesetzessammlung 1841, S. 297-322; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 260-280

31) Preußische Gesetzessammlung 1845, S. 523-554; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 284-309

32) dazu: Erler passim; Utermann passim; Heffter S. 283-321; v. Grumbkow S. 68-71; Ramin S. 42-96

Die akademische Diskussion des Vormärz wurde beherrscht von der Selbstverwaltungsidee des sog. aufklärerisch-vernunftrechtlichen Liberalismus [33]. Die liberale Bewegung unter der geistigen Führung des Freiburger Rechtslehrers Karl. v. Rotteck suchte die kommunale Selbstverwaltung in eine vorstaatliche Freiheitssphäre umzuwandeln.
Die Frankfurter Nationalversammlung des Jahres 1848/49 folgte dieser Theorie des Aufklärungsliberalismus und betrachtete die Selbstverwaltung als natürliches Recht der Gemeinde im Sinne eines Naturrechts [34]. Die auf v. Rottecks Theorie zurückgehende Vergleichbarkeit der Beziehung zwischen Staat und Gemeinde mit dem Verhältnis Staat-Bürger ließ es möglich erscheinen, daß primär dem Rechtsschutz des Bürgers dienende Grundrechtssystem auch auf die Gemeinden zu erstrecken. So gesehen wollte die Frankfurter Nationalversammlung Staatsgewalt einschränken, d.h. im Sinne v. Rottecks eine staatsfreie Sphäre schaffen, die lediglich in der Staatsaufsicht ihre Grenzen finden sollte [35].
Art. XI § 184 lit. b) der Verfassung des Deutschen Reichs [36], einbezogen in Abschnitt VI ("Die Grundrechte des deutschen Volkes"), gewährleistete jeder Gemeinde als Grundrecht ihrer Verfassung "die selbständige Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten mit Einschluß der Ortspolizei, unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates". Verfassungsfunktionell stellt die Selbstverwaltungsgarantie des Art. XI. § 184 lit. b) Frankfurter Reichsverfassung ein im Sinne subjektiven öffentlichen Rechts qualifizierbares Grundrecht dar [37].
Die Bedeutung der Staatsaufsicht als legale Begrenzung der staatsfreien Sphäre Gemeindeselbstverwaltung bleibt als erste wesentliche Essenz des Selbstverwaltungskampfes im Jahre 1848 festzuhalten.

---

33) Ramin S. 73-87; Utermann S. 24

34) Ramin S. 94

35) Ramin S. 95

36) v. 28. März 1849 (Reichsgesetzblatt 1849 S. 101); abgedruckt bei: Huber, Dokumente I S. 304-324

37) Ramin a.a.O. mit zahlreichen Literaturnachweisen vgl. aber Menger, System S. 117 ff.

Unter dem Einfluß dieser ideengeschichtlichen Entwicklung wurden bereits 1848 in Preußen Selbstverwaltungsgesetze geplant, an deren Beginn die Neu-Kodifikation einer Gemeindeordnung stehen sollte.
Dem offiziellen Regierungsentwurf kam der von 54 Abgeordneten der in der preußischen Nationalversammlung vertretenen Linken eingereichte Gesetzesentwurf "über die Verfassung der Gemeinden, Kreise und Bezirke des preußischen Staates" zuvor [38]. Dieser nach dem Abgeordneten Schwickerath, der ihn als erster unterzeichnet hatte, benannte Entwurf vom 10. August 1848 [39] entzog die Entscheidungen kommunaler Körperschaften der bislang so gehandhabten Aufsicht des Staates. Die §§ 184 bis 192 des Entwurfes sahen stattdessen vor, gemeindliche Entschließungen und Verfügungen von einem sie beobachtenden "Staatsanwalt" im Falle Verletzung allgemeiner Gesetze beanstanden zu lassen und zur Revision vor höhere kommunale Körperschaften, in letzter Instanz vor die Nationalversammlung zu bringen [40]. HEFFTER [41] sieht in diesem Zugeständnis einer Staatsanwaltschaft als Aufsichtsbehörde an die staatliche Zentralgewalt ein hohes Maß an parlamentarisch-demokratischer Autonomie. Dies scheint indes zweifelhaft.
Wichtig an diesem Gedanken ist das für die geschichtliche Interpretation relevante Moment, die Initiative für das Tätigwerden der Kommunalaufsicht auf eine selbständige Behörde, die Staatsanwaltschaft, zu übertragen. Gerade dieser Gesichtspunkt bedeutet ein Ideenfundament für die rechtliche Einordnung der kommunalaufsichtlichen Beanstandung. Die Einführung des staatsanwaltschaftlichen Mitwirkungselements würde die aufsichtliche Subordination der Gemeinden unter den Staat in ein Verhälnis mit drei Beteiligten umwandeln. Neben dieser

---

38) Utermann S. 131-136

39) Erler S. 48-56; Heffter S. 312; Utermann a.a.O.; v. Grumbkow S. 69

40) Erler S. 48

41) S. 312

formalen Änderung würde die Überantwortung der kommunalen (Legalitäts-) Kontrolle zur funktionellen Verwirklichung der Neutralitäts- und Objektivitätselemente führen.

Der Gedanke von der Übertragung der Kommunalaufsicht auf staatsanwaltschaftliche Behörden war als Bestandteil des Schwickerathschen Entwurfes für eine preußische Gemeindeordnung kein Novum. In den parlamentarischen Beratungen der Frankfurter Paulskirchenversammlung zum Themenkreis "staatliche Einflußnahme auf die Gemeinden" hatte der Abgeordnete v. Nagel bereits gefordert: "Ich bin aber der Meinung, dass auch dem Staate selbst das Recht eingeräumt werden müsse, gegen erlassene und unterlassene Verfügungen der Gemeindebehörden durch den Staatsanwalt an die Staatsbehörde selbst eine Appellation oder, wie man sagt, aussergerichtliche Beschwerde zu bringen, damit es nicht in der Willkür der Gemeinde steht, freiwillig von den allgemeinen Landesgesetzen sich zu entfernen." [42)]

Dem endgültigen Regierungsentwurf für eine preußische Gemeindeordnung vom 13. August 1848 [43)] ist zwar die Übertragung der Kommunalaufsicht auf die Staatsanwaltschaft im Sinne des Schwickerathschen Entwurfes fremd. Betrat der Entwurf der Linken in der preußischen Nationalversammlung Neuland, indem er vorschlug, auf Beschwerde des Staatsanwalts hin als Aufsichtsstellen gewählte kommunale Körperschaften und letztinstanzlich die Nationalversammlung tätig werden zu lassen, so machte § 75 des Regierungsentwurfes den Bezirksausschuß, eine gewählte Behörde, zur Aufsichtsinstanz [44)], ließ jedoch dabei sowohl den Inhalt der Aufsicht offen wie auch die Frage nach der Zusammensetzung dieses Bezirksausschusses. Die Wahl der Behörde sollte eine "Garantie gegen die Tendenz einer lästigen unnötigen

---

42) Erler S. 26 mit Quellennachweis

43) Utermann S. 128 mit Quellennachweis

44) Utermann S. 144

Bevormundung" [45] geben.
Der Regierungsentwurf regelte die Beanstandung dahin, daß einem Beschluß des Gemeinderats bei Kompetenzüberschreitung sowie Verletzung der Gesetze und des allgemeinen Interesses die Ausführung zu versagen und sofortige Entscheidung des Bezirksausschusses einzuholen sei. Diese Regelung in § 77 betraf aber lediglich das gemeindeinterne, vom Bürgermeister einzuleitende Beanstandungsverfahren, nicht die Kommunalaufsicht gemäß § 75 des Regierungsentwurfes.
Schließlich zeigten sich bei der Beratung beider Entwürfe gemeinsame Grundlinien, die ebenfalls den Schluß zulassen, den Aufsichtsstellen objektive und neutrale Positionen einzuräumen. Es charakterisiert die Haltung der Verfasser des Schwickerathschen Entwurfs, die sich von der kolligialen Zusammensetzung der Aufsichtsgremien mehr versprachen als von einer bürokratisch durchorganisierten Behörde; Kollegialsystem bedeutete Schutz gegen Willkür und Mißbrauch der Alleinverantwortung [46]. In Konsequenz dieser Grundströmung wurde das Beanstandungsrecht des Bürgermeisters gemäß § 77 des Regierungsentwurfs nach Beratung auf den Gemeindevorstand übertragen [47].
In historischer Hinsicht bedeutet das Jahr 1848 für die kommunalaufsichtliche Legalitätskontrolle das allseitige Bemühen, Gemeindeaufsicht und insbesondere das Beanstandungsverfahren auf objektive und in gewisser Weise neutrale Gremien zu übertragen. Der Schwickerathsche Entwurf sah dafür ein Initiativrecht der Staatsanwaltschaft vor, während der offizielle Regierungsentwurf in der Wahl des Aufsichtsgremiums ein Mittel gegen parteiische Bevormundung zu erkennen glaubte. Schließlich schien das Kollegialsystem hinreichend geeignet, einseitiger Verwaltungswillkür vorzubeugen.

5. Preußische Gemeindeordnung 1850

Seinen ersten gesetzlichen Niederschlag fand die Beanstan-

---

45) Erler S. 55 mit Quellen- und Literaturnachweis
46) Utermann S. 150
47) Utermann S. 147

dung als repressives Aufsichtsmittel [48] in § 140 der Preußischen Gemeindeordnung vom 11. März 1850 [49]. Danach hatte der Bürgermeister auf Geheiß der Staatsverwaltungs-Behörde die Ausführung kompetenzüberschreitender, gesetzwidriger oder staatsinteressenverletzender Beschlüsse des Gemeinderats zu untersagen. Des weiteren war der Bürgermeister verpflichtet, sofort die Entscheidung des Regierungspräsidenten einzuholen und den Gemeinderat davon zu unterrichten. Der kommunalaufsichtliche Regelungsgehalt des § 140 Preußische Gemeindeordnung liegt in seinem Satz 3; danach hatte der Regierungspräsident seine Entscheidung nach Beratung mit dem Bezirksrat unter Anführung der Gründe zu geben. Gleichzeitig schaffte § 142 prGO für den Gemeinderat die Möglichkeit, gegen die Entscheidung des Regierungspräsidenten nach § 140 Satz 3 prGO Berufung an den Minister des Innern einzulegen.
Zwar spricht § 140 prGO expressis verbis nicht von "Beanstandung"; gleichwohl verwendet die kommunalrechtliche, insbesondere die historische Literatur für das in § 140 kreierte Rechtsinstitut einheitlich diese Terminologie [50]. Die Verwendung des Begriffes "Beanstandung" rechtfertigt sich indes aus Wesen und Verfahren dieses Instituts. War in der Steinschen Städteordnung von 1808 ein Mangel an effizienten Aufsichtsrechten zu beklagen [51], da neben Berichten und Auskünften Mittel staatlicher Einwirkung völlig fehlten, so schaffte § 140 prGO 1850 zum ersten Mal in der Beanstandung ein wirksames kommunalaufsichtliches Instrument in Form eines Beobachtungs- und Rügerechts [52], dessen Handhabung der aufsichtsbehördlichen Initiative überlassen blieb. Der wesentliche Fortschritt

---

48) Borchert S. 21; Laux S. 44; beide Autoren befassen sich nicht näher mit dem Begriff "repressives Aufsichtsmittel".

49) Preußische Gesetzessammlung 1850, S. 213-251; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 314-344

50) v. Grumbkow S. 73; Arthur Müller S. 20; Laux a.a.O.; Bark S. 6; Borchert a.a.O.

51) v. Grumbkow S. 33

52) v. Grumbkow S. 73

liegt in der Unabhängigkeit der Beanstandungstätigkeit von äußeren Anstößen durch Beschwerde oder ähnliches [53]. Insoweit geht § 140 prGO 1850 auch über § 184 des sog. Schwickerathschen Entwurfs hinaus, der das Initiativrecht zum Beanstandungsverfahren einem Staatsanwalt übertragen hatte.

Die Beanstandung nach § 140 prGO 1850 besaß keine rechtsvernichtende, sondern in Verbot der Ausführung des inkriminierten Beschlusses lediglich wirksamkeitsaufschiebende [54], d.h. suspensive Wirkung. Die Beanstandung setzte einen vollendeten, insbesondere verfahrensmäßig abgeschlossenen Gemeindeakt [55] voraus, griff folglich nicht mehr in den Willensbildungsprozeß der Gemeinde ein. Bevormundung gemeindlicher Organe schien damit ausgeschlossen; wegen der Priorität des abgeschlossenen Beschlußverfahrens innerhalb der Gemeinde trat zeitlich wie funktionell eine Sonderung der kommunalaufsichtsbehördlichen Tätigkeit von der gemeindlichen ein.

Die entscheidende Bedeutung des § 140 prGO 1850 liegt aber in der Hinwendung der Beanstandung zu einem spezifisch legalitätskontrollierenden Aufsichtsinstrument. Die Beschränkung des Beanstandungsanlasses auf kompetenzielle Rechtsverstöße und (materielle wie formelle) Gesetzesverletzungen drückt den gesetzgeberischen Willen aus, ein zwar in seinem Suspensiveffekt wirksames Eingriffsmittel zu schaffen, dessen wohl abgestufte Eingriffsintensität aber die Grenze zum gemeindeinternen Willensbildungsprozeß nicht überschreitet. Im Hinblick auf das heutige mit Verfassungsrang versehene Übermaßverbot, einem Teilaspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, kommt in der Beanstandung des § 140 prGO 1850 das Bestreben nach Differenzierung der kommunalaufsichtlichen Eingriffsmittel zum Ausdruck.

---

53) Arthur Müller S. 21

54) Laux S. 44

55) v. Grumbkow a.a.O.

Schließlich ermöglicht der Begründungszwang für die Aufsichtsbehörde die in § 142 prGO vorgesehene rechtliche Nachprüfbarkeit des Beanstandungsaktes.
Bei der ideengeschichtlichen Fixierung der in § 140 prGO geregelten Beanstandung muß Art. 105 Nr. 3 Satz 1 der revidierten Preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850 [56] Berücksichtigung finden, der von "gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staats" spricht und damit an § 184 lit. b) der Frankfurter Paulskirchenverfassung anknüpft [57].

6. Preußische Städeordnung vom 30. Mai 1853 [58]

Diese Gemeinderechtskodifikation "für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie" blieb mit Ausnahme des 1919 geänderten Wahlrechts achtzig Jahre lang in Kraft [59]. Die "Rückwärts-Revision" [60] des Gemeindeverfassungsrechts kam in der prStO 1853 doppelt zum Ausdruck.
Waren nach § 138 prGO 1850 höhere Kommunalverbände in die Aufsicht über die Gemeinden eingeschaltet, so traten nun gemäß § 76 prStO 1853 an diese Stelle rein staatliche Bezirksregierungen. Damit fiel das Kollegialsystem, dem liberaler Vorstellung zufolge Kautelarfunktion gegenüber Verwaltungswillkür zukommen sollte, ersatzlos weg.
Die zweite Veränderung des Kommunalverfassungsrechts bedeutete zwar ebenfalls einen Rückschritt für die Regelung der Staatsaufsicht im allgemeinen [61], nicht aber speziell für die kommunalaufsichtliche Beanstandung

---

56) Preußische Gesetzessammlung 1850, S. 17 ff.; abgedruckt bei: Huber S. 401-414

57) Heffter S. 315; Engeli-Haus S. 310 f.

58) Preußische Gesetzessammlung S. 261; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 373-395

59) Engeli-Haus S. 371

60) Engeli-Haus S. 370; Heffter S. 331; Laux S. 48

61) v. Grumbkow S. 88

selbst. Während § 56 Nr. 2 Satz 2 prStO 1853 dem Magistrat auch die Pflicht zur Beanstandung das Gemeindeinteresse verletzender Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung auferlegte, erweiterte § 77 prStO den Maßstab kommunalaufsichtlicher Beanstandungstätigkeit nicht auf dieses Kriterium. Damit blieb die Gemeinde weiterhin von Eingriffen der Aufsichtsbehörde in ihren Willensbildungsprozeß verschont.
§ 77 prStO bediente sich zum ersten Mal expressis verbis der Terminologie "Beanstandung".

7. Andere gesetzliche Regelungen

In der Folgezeit normierten auch andere Länder in ihrem Kommunalgesetzen das aufsichtsrechtliche Institut der Beanstandung. Diese Regelung, z.B. § 83 Rheinische Städteordnung [62] und § 92 Schleswig-Holsteinische Städteordnung [63], entsprachen in Wesen und Verfahren weitgehend dem § 77 der revidierten prStO 1853.
Elementare Bedeutung für die geschichtliche Entwicklung des Beanstandungsrechtes hat § 92 Abs. 3 schhol StO. Zum ersten Mal wurden von der Ausübung des Beanstandungsrechts Erwägungen "über die Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit in der innerhalb ihrer Kompetenz in der städtischen Verwaltung getroffenen Maßregeln" ausgenommen.
Der schhol StO steht damit zu Recht das Verdienst zu, als erste Gemeindrechtskodifikation den Anlaß für Beanstandungsakte auf Rechtsverletzungen zu beschränken [64].

---

62) vom 15. Mai 1856, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1856, S. 406-434; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 399-421

63) vom 14. April 1869, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1869, S. 589-622; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 425-452

64) Der Ansicht von ARTHUR MÜLLER (S. 21) und LAUX (S. 51), § 178 der Preußischen Kreisordnung von 1872 bzw. § 15 des Preußischen Zuständigkeitsgesetzes von 1883 hätten zum ersten Mal das Beanstandungsrecht auf Gesetzesverletzungen und Kompetenzüberschreitungen beschränkt, kann daher nicht zugestimmt werden; wie hier: Gönnenwein, Gemeinderecht S. 175

Die Schaffung eines Rechtsinstituts, das Fragen der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit unberücksichtigt ließ, insbesondere also Verletzungen des Staatswohls überging, war vollzogen. Die Bedeutung dieses Schrittes hat für die historische Entwicklung der Beanstandung überragenden Charakter und liegt vornehmlich in der Begrenzung staatlicher Machtbefugnisse gegenüber den Selbstverwaltungskörperschaften [65]. Öffnete das Kriterium "Staatswohl" den zur Einmischung neigenden Aufsichtsbehörden "Tür und Tor" [66], so daß bei der erheblichen Unbestimmtheit dieses Begriffes die Beanstandung ungefähr eines jeden Beschlusses begründbar war [67], so konnten von nun an - mit Ausnahme des Zeitraums zwischen 1935 und 1945 [68] - nur noch Rechtsverletzungen und Kompetenzüberschreitungen gerügt werden. Die Beanstandung diente der Rechtswahrung und war damit ein Instrument kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle geworden.

8. Preußische Kreisordnung von 1872

Dieses Gesetz [69] beschränkte in § 178 das Beanstandungsrecht der Staatsaufsichtsbehörde - wie 1869 bereits § 92 Abs. 3 schhol StO - auf kompetenzüberschreitende und gesetzesverletzende Beschlüsse, mithin auf die Fälle formeller und materieller Gesetzwidrigkeit [70].
Die prKrO 1872 gewinnt für die geschichtliche Betrachtung des Rechtsinstituts Beanstandung deshalb Bedeutung, weil in §§ 140 ff., 187 ff. zum ersten Mal in Preußen Verwaltungsgerichte mit kontradiktorischem Verfahrensgang geschaffen wurden [71]. Organisatorisch waren das gemäß

---

65) Arthur Müller S. 21

66) v. Grumbkow S. 96

67) v. Grumbkow a.a.O.

68) vgl. § 109 DGO

69) vom 13. Dezember 1872, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1872, S. 661-713; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 470-513; vgl. zur 100jährigen Wiederkehr der Verabschiedung des Gesetzes: v. Unruh DVBl. 1973, 1 ff.

70) v. Grumbkow S. 96

71) Menger, System S. 17-62

§ 187 prKrO 1872 für jeden Regierungsbezirk zu bildende Verwaltungsgericht und die nach § 177 prKrO 1872 mit der Staatsaufsicht über Kreis-Kommunalangelegenheiten betraute Bezirksregierung (Bezirksausschuß) noch nicht identisch. Hier deuten sich aber im Hinblick auf die Funktionen Rechtspflege und Rechtsprechung [72] Berührungspunkte an, die wegen ihrer Bedeutung für die verfassungsrechtliche Stellung der Beanstandung einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

9. Preußische Provinzialordnung von 1875

Hatte bislang die Kommunalaufsichtsbehörde über die Rechtswirksamkeit des beanstandungsfähigen Beschlusses entschieden, so sah nunmehr § 118 prPrO 1875 vor, daß über die Rechtmäßigkeit der beanstandeten Verfügung im Wege der neuen Verwaltungsrechtsprechung entschieden wurde [73] [74]. Die Beanstandung erfolgte nicht mehr als legalitätskontrollierender Akt der Aufsichtsbehörde im Verhältnis zwischen Staat und Selbstverwaltungskörperschaft, sondern als Anfechtungsklage im (kontradiktorischen) Verwaltungsstreitverfahren [75].

Der Grund für diese Neuerung muß zweifellos im Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 3. Juli 1875 [76] gesehen werden. Die Einschaltung der - vorläufig - unabhängigen [77] Verwaltungsgerichte bot einerseits zwar den Vorteil objektiver Nachprüfung des beanstandeten Beschlusses. Andererseits brachte aber die verfahrensrechtliche Änderung des Beanstandungsverfahrens zwei unüberbrückbare Schwierigkeiten mit sich.

Die erste war praktischer Natur und äußerte sich in einer zahlenmäßigen Überbelastung der nunmehr für jede

---

72) Menger, System S. 17-62

73) Preußische Provinzialordnung vom 29. Juni 1875, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1975, S. 314-351

74) Arthur Müller S. 21; v. Grumbkow S. 102

75) § 118 Satz 2 prProvO 1875 lautet: "Die Anfechtung erfolgt mittels Klage im Verwaltungsstreitverfahren."

76) Umfassende Zusammenstellung des Gesetzes bei: Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 92 f.

77) Arthur Müller a.a.O.

Beanstandung zuständigen Verwaltungsgerichte [78]. Das zweite Problem hatte dogmatisch verwaltungsprozessualen Charakter. § 118 Abs. 2 Satz 1 prPrO 1875 zwang die Aufsichtsbehörde, Beanstandungen mittels Anfechtungsklage zu verfolgen; damit wurde die Staatsbehörde Klägerin im Verwaltungsstreitverfahren, ohne zuvor selbst durch einen Rechtsakt in die Beziehungen zwischen ihr und der beschließenden Selbstverwaltungskörperschaft eingegriffen zu haben. Dies wurde als "Übelstand" [79] empfunden, weil jeder Verwaltungsrechtsstreit begriffsmäßig eine behördliche Anordnung voraussetzte, durch die sich die Betroffenen in ihrem Recht verletzt fühlten.
Dementsprechend wurde § 118 prPrO 1875 durch Gesetz vom 22. März 1881 [80] dahin geändert, daß die Selbstverwaltungsbehörde wegen kommunalaufsichtlicher Beanstandungen Klage gegen die Aufsichtsbehörde erheben mußte [81].

10. Zuständigkeitsgesetz von 1883

Seine für die Städte bis 1935 dauernde Regelung erfuhr das Institut der Beanstandung in § 15 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 [82]. Damit hatte die Beanstandung einen erheblichen Grad an aufsichtsrechtlicher Differenzierung erlangt [83], der vom Preußischen Oberverwaltungsgericht kontinuierlich fortentwickelt wurde. Der Beanstandungsakt erzeugte Suspensiveffekt und war mit der Verwaltungsklage angreifbar. Für die Aufsichtsbehörde bestand ein Begründungszwang. Der wesentliche Charakter der Beanstandung lag in der Legalitätskontrolle; Beanstandungen aus bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen blieben ausgeschlossen, es herrschte Beschränkung auf materielle und/oder formelle Gesetzwidrigkeit.

11. Entwicklung der Beanstandung bis 1945

Bis 1918 bemühte sich das Preußische Oberverwaltungsge-

---

78) v. Grumbkow S. 104

79) Arthur Müller a.a.O.; v. Grumbkow S. 103

80) Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten 1881, S.234

richt in deutlicher Gründlichkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolge der Beanstandung zu präzisieren [84]. Die Bayrische Gemeindeordnung vom 29. April 1869 [85] kannte keine Beanstandung mit lediglich aufschiebender Wirkung. Vielmehr konnte die Aufsichtsbehörde von der Gemeinde die Zurücknahme gesetzwidriger Beschlüsse verlangen. Geschah dies nicht, so konnte die Behörde den Beschluß durch Kraftloserklärung vernichten.

Die Zeit von 1918 bis 1933 war in Preußen von kommunalgesetzgeberischer Experimentierfreudigkeit gekennzeichnet. Der Entwurf eines preußischen Gesetzes über kommunale Selbstverwaltung von 1930 sah in § 84 die Aufgabe der Beanstandung vor. Dafür sollte die Aufsichtsbehörde Gesetzwidrigkeit von Beschlüssen feststellen können. Die Rechtsfolge dieser Feststellung bestand in der Unwirksamkeit des gemeindlichen Aktes [86]. Dies hätte gegenüber dem bloßen Suspensiveffekt des Beanstandungsaktes einen Rückschritt bedeutet, da die Eingriffsintensität dieses vorgeschlagenen Aufsichtsmittels über den Grad der Legalitätskontrolle weit hinausgegangen wäre.

Auch der Bayrischen Gemeindeordnung vom 17. Oktober 1927 [87] war die Beanstandung mit ihren typischen Wesensarten fremd. Vielmehr konnte nach Art. 60 Abs. 1 GOBay die Staatsaufsichtsbehörde "gesetzwidrige Beschlüsse ändern oder aufheben".

---

81) v. Grumbkow a.a.O.; Arthur Müller S. 22

82) Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1883, S. 237

83) im einzelnen dazu: Laux S. 50 f.; v. Grumbkow S. 125

84) dazu: Laux a.a.O. mit weiteren Nachweisen; im einzelnen etwa: PrOVGE 6, 170; 12, 275; 16, 297; 27, 92; 31, 196; 50, 173; 54, 472; 70, 59; 78, 58; 82, 106; 83, 91; 84, 109; 87, 102; 88, 84; 90, 109

85) Gesetzes-Blätter S. 860 ff.

86) Laux S. 64

87) Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Bayern, S. 293-325; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 610-658

Bedeutete das Aufhebungsrecht - ähnlich dem § 84 des preußischen Entwurfes 1930 - Rückschritt gegenüber dem Beanstandungsakt, so führte die noch weitergehende Befugnis zur Änderung gemeindlicher Beschlüsse - selbst wenn sie auf Fälle der Gesetzesverletzung beschränkt war [88] - zu Eingriffsmöglichkeiten des Staates in den internen Willensbildungsprozeß der Gemeinden.
Demgegenüber sah der Entwurf einer Reichsstädteordnung von 1929 [89] in § 50 das Recht der Staatsaufsichtsbehörde vor, "Beschlüsse, die das bestehende Recht verletzen, mit aufschiebender Wirkung beanstanden" zu dürfen.
Die Zeit nach 1933 wird generell durch das Abdrängen des Aufsichtsproblems vom Rechtlichen ins Politische gekennzeichnet. Dem Staat wurde ein Totalitätsanspruch zugebilligt, die Gemeinde daher als eingegliederter Verband verstanden. Staatsaufsichtliche Mittel und Terminologien stellten von nun an unpassend trennende Momente zwischen Volk, Staat und Individuum dar [90]. In der für faschistische Regime charakteristischen Mystifizierung wurden zum Ausgangspunkt allen nationalsozialistischen Wollens die Erhaltung des Volkes und der lebendige Organismus eines Volkstums hochstilisiert [91].
Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 [92] stellte in konsequenter Fortentwicklung der Verschmelzung von Staat und Gemeinde ein einheitliches Reichskommunalgesetz dar. Die in § 109 DGO geregelte Beanstandung wies zwei Eigenarten auf, die typische Folge des vom Staat erhobenen Totalitätsanspruches waren und die Beanstandung selbst weit entfernt vom Begriff des Instruments kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle sahen.

---

88) Laux S. 72 ff.

89) Reichsstädteordnung. Begründung und Entwurf, Berlin 1930, S. 3-16; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 664-672

90) Ruth Scholz S. 17

91) geradezu klassisch: Stratmann S. 13

92) RGBl. I S. 49 ff.; abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 676-698

Waren bisher Gegenstand des Beanstandungsverfahrens ausschließlich vollzugsfähige, d.h. auf Entfaltung von Rechtswirkungen angelegte Gemeindebeschlüsse, so fiel diese Beschränkung weg. "Entschließungen" im Sinne des § 109 DGO stellen alle kommunalen Willensentscheidungen dar, unabhängig davon, ob sie rechtliche Wirkungen äußerten oder nicht [93]; dazu zählten auch Meinungsäußerungen und Kundgebungshandlungen [94]. Schließlich wurde die Staatsaufsicht fast schrankenlos erweitert, indem auch solche Entschließungen und Anordnungen gemäß § 109 DGO zu beanstanden waren, die "den Zielen der Staatsführung zuwiderlaufen". Diese staatspolitische Überprüfbarkeit hob jeden Handlungsrahmen der Aufsichtsbehörde auf [95], räumte ihr stattdessen lediglich ein gebundenes [96] Ermessen ein.

Mit dieser Rückentwicklung und Verfremdung hatte die Beanstandung als Rechtsinstitut den vorläufigen Abschluß ihrer geschichtlichen Entwicklung gefunden. Es blieb den föderativen Teilen der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere den acht Flächenstaaten, vorbehalten, dieses Instrument der Kommunalaufsicht nach 1949 neu zu regeln. Daß dabei die historischen Strukturen und ihre ideengeschichtlichen Grundlagen Berücksichtigung fanden, liegt ebenso auf der Hand wie die Erkenntnis, daß aus § 109 DGO nur negative Schlüsse zu ziehen waren.

---

93) Stratmann S. 72

94) Ruth Scholz S. 55; Laux S. 88; Stratmann a.a.O.

95) Laux a.a.O.

96) Stratmann S. 59; Ruth Scholz S. 56

§ 2 Verfassungsrechtliches Verhältnis der Beanstandung zu öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfen und zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten Privater

I. Problemstellung

Die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt die allgemeine Kommunalaufsicht auf Legalitätskontrolle, die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts [1] nicht Element der Selbstverwaltung, sondern ihr Korrelat ist; in die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden solle deshalb nur in extremen Fällen mit dem Mittel der Beanstandung eingegriffen werden.
Diese Charakterisierung des kommunalaufsichtlichen Instruments Beanstandung als ultima ratio der Rechtsaufsicht wirft zwei Probleme auf. Zunächst erhebt sich die Frage, ob in der Beschränkung auf extreme Fälle die Bejahung des Opportunitätsprinzips als aufsichtlichem Eingriffsmaßstab unter gleichzeitiger Verneinung des Legalitätsgrundsatzes liegt [2]. Daneben - und dieser Komplex soll nachstehend untersucht werden - taucht das Verhältnis der Beanstandung als Mittel der Rechtmäßigkeitswahrung zu denjenigen Rechtsbehelfen, Rechtsmitteln und zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten auf, die zumindest inzidenter ebenfalls Legalität kontrollieren. Die Beleuchtung möglicher Beziehungen der Beanstandung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit bleibt dabei einem gesonderten Kapitel vorbehalten. Hier geht es um die Bestimmung der Kommunalaufsichts- und insbesondere der Beanstandungsfunktion auf der Grundlage des Verfassungsverständnisses nach dem Bonner Grundgesetz.

Die Beanstandung hat ihre erste gesetzliche Fixierung als repressives Aufsichtsmittel in § 140 der Preußischen

---

1) Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 (118)

2) zu diesem Themenkomplex: Reuter passim

Gemeindeordnung vom 11. März 1850 erhalten. Nur wenige Wochen zuvor war die Revidierte Preußische Verfassung zum 31. Januar 1850 [3] in Kraft getreten, deren Geltung erst die Revolution 1918 beenden würde.
Art. 45 Satz 1 dieser Verfassung gestand allein dem König die vollziehende Gewalt zu. Gleichwohl war die Person des Königs "unverletzlich" (Art. 43), während die vom König zu ernennenden und entlassenden Minister durch Gegenzeichnung jede Verantwortlichkeit für alle Exekutivakte übernahmen (Art. 44 Satz 2).
Das Bonner Grundgesetz bindet demgegenüber in Art. 20 Abs. 3 die vollziehende Gewalt an "Gesetz und Recht" und eröffnet dem durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten Verletzten den "Rechtsweg" (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG).
Bedeutete einerseits die Unverletzlichkeit des Königs Unverantwortlichkeit in dem Sinne, daß seine Regierungsakte keiner Kontrolle unterlagen, er also nicht zur Rechenschaft gezogen werden konnte [4], berechtigt andererseits Art. 19 Abs. 4 GG zur Bezeichnung der Bundesrepublik als "Rechtsweg-Staat" [5], so wirft dieser diametrale Widerspruch Probleme bei der Funktionszuweisung der Beanstandung auf, die als Mittel der Rechtsaufsicht - wie schon 1850 - Legalität kontrollieren soll.
Die nachfolgende Bestimmung des funktionalen Standortes der Beanstandung hat vor allem zu berücksichtigen, daß dem Bürger heute im Gegensatz zu 1850 ein ausgeprägtes Rechtsschutzsystem gegen Beeinträchtigungen durch die öffentliche Gewalt zur jederzeitigen Verfügung steht [6].

---

3) Preußische Gesetzessammlung 1850, S. 17 ff., abgedruckt bei: Huber, Dokumente S. 401-414

4) Jesch, Gesetz S. 91
Quaritsch Bd. 1 S. 266

5) vg. Forsthoff DÖV 1959, 41 (44)

6) vgl. VwGO, SGG, FGO; Jesch, Gesetz S. 82

II. Beanstandung im Verfassungsstaat des souveränen Monarchen

1. Recht und Gesetz im Souveränitätsstaat

Die preußische Verfassung von 1850 basierte auf dem monarchischen Prinzip. Die Auflösung des alten Reiches im Jahre 1806 beendete die zumindest theoretische Möglichkeit der Rechtsuntertanen, gegen rechtswidrige Eingriffe der Landesherren in "wohlerworbene Rechte" die alten Reichsgerichte, d.h. das Reichskammergericht und den Reichshofrat [7] um Rechtsschutz anzurufen [8]. Die Landesherren waren von nun an in der Ausübung ihrer hoheitlichen Gewalt keinen übergeordneten Instanzen unterworfen, sondern in jeder Hinsicht souverän.
Die Zuerkennung von Souveränität bedeutete zum einen immer zahlreichere und stärkere Eingriffe in die Rechtssphäre der absolut souveränitätsunterworfenen Individuen; zum anderen löste sich die ursprünglich rechtliche Gleichrangigkeit von Staatsgewalt und Individuen auf. Der Einzelne sah sich als Untertan in einem einseitig von der Staatsgewalt durch Gesetz geregelten Subordinantionsverhältnis wieder [9].
Diese Unterordnungsbeziehung war jedoch kein auf den Korrelativen Recht und Pflicht basierendes Rechtsverhältnis. Souveränität schließt nämlich bereits begrifflich subjektive Rechte und deren gerichtliche Geltendmachung aus [10].
Die vom Franzosen Jean Bodin in seinen "Six Livres de la République" (1576) entwickelte Theorie von der neuen Souveränität sah in der summa potestas des Fürsten einen Ordnungsfaktor [11]. Ideengeschichtlich herrscht Streit, ob dieser in der rechtlichen Allmacht (plunitudo

---

7) dazu: Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz S. 23-44

8) Sellmann DÖV 1965, 737

9) Sellmann, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 28

10) Henke S. 19

11) ausführlich Quaritsch Bd. 1 S. 243-394; ebenso Menger, Verfassungsgeschichte Rdnr. 80 ff.

potestatis) [12] ausgedrückte Ordnungsfaktor eine rechtlichte Gebundenheit des Souveräns zuließ [13]. Einigkeit herrscht jedoch darüber, daß die Exekutivgewalt des Fürsten einen freien Betätigungsraum eröffnete, der als "Innenraum" des Staates (genauer: der exekutiven Gewalt) dem ebenfalls geschützten Innenraum der Gesellschaft gegenüberstand. Der Monarch war im "Innenraum" seiner Betätigung einerseits frei von Einflüssen und Eingriffen [14], andererseits konnte seine Exekutivgewalt Rechte der Untertanen nicht berühren [15].

Die Funktion des Gesetzes in der Staats- und Rechtsauffassung der Souveränitätslehre besteht also nicht in der Gewährung subjektiver Rechtspotitionen, sondern im Charakter eines objektiven Rechtes [16]. Gesetze bildeten objektivrechtliche Beschränkungen für die Ausübung der Exekutivgewalt durch den Souverän und regelten damit die "innere Ordnung des Staates" [17].

2. Rechtswidrigkeit im Souveränitätsstaat

Die Souveränitätslehre wirkte sich darüber hinaus unmittelbar auf den Begriff der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns aus. Dem monarchisch-konstitutionellen Staat der revidierten preußischen Verfassung von 1850 war die Montesquieusche Gewaltentrias fremd. Dem König allein stand nicht nur die vollziehende Gewalt zu (Art. 45 Satz 1); er übte - gemeinschaftlich mit den beiden Kammern - auch die gesetzgebende Gewalt aus (Art. 62 Satz 1). Der König wurde schließlich bei Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch die Richter als sekundäre Staatsorgane des Monarchen repräsentiert (Art. 86) [18].

---

12) Henke S. 11

13) hierzu Schnapp DVBl 1971, 480 (482), Fußn. 26

14) Jesch, Gesetz S. 90 f.

15) Henke S. 13

16) Henke a.a.O.

17) Schnapp a.a.O.

18) Jesch, Gesetz S. 87; Huber, Verfassungsgeschichte Bd. I S. 655; vgl. Menger, Verfassungsgeschichte Rdnr. 149 zum Rang der Rechtsprechung im absolutistischen Staat

Diese - vom Standpunkt der Souveränitätslehre her ideale - Einheit des Staatshandelns verlangte nach ständiger Übereinstimmung von Legislative und Exekutive. Mangelnde Übereinstimmung indizierte Rechtswidrigkeit. Damit erschien jede Gesetzesverletzung als Staatsinternum, nicht als Beeinträchtigung subjektiver Rechtspositionen der Bürger [19].

Dieses objektive Verständnis des Gesetzmäßigkeitsprinzips entbehrt nicht einer gewissen Widersprüchlichkeit, wenn man auf der Grundlage der Souveränitätstheorie alle Staatsgewalt personalidentisch in der Gestalt des Monarchen zusammenfaßt. Koinzidieren nämlich alle Staatsgewalten in einer Person, wird das Prinzip der Gesetzmäßigkeit in der Verwaltung an und für sich entbehrlich; als personeninternes Prinzip führt das Gesetzmäßigkeitspostulat lediglich zu einer Beschränkung der Staatsfunktionen untereinander [20].

Eine den Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Untersuchung dieser Frage würden den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Der Kritik von RUPP [21] dürfte aber entgegenzuhalten sein, daß sie das schon zu Zeiten der revidierten preußischen Verfassung von 1850 bestehende Verwaltungsorganisationsproblem geringachtet, welches sich ähnlich der Gegenwart in einem ständig wachsenden Verwaltungsapparat [22] äußerte. Zwar bleibt auch dann, wenn man die vom Monarchen getrennte Behördenorganisation als Adressat der (Selbst-)Verpflichtung aller Verwaltungsgesetze betrachtet, das objektive Verständnis des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Souveränitätslehre - freilich nicht ohne Überzeugungslücken - mit der staatsidealen Übereinstimmung von Legislative und Exekutive vereinbar. Doch bedeutete gerade die Behördenorganisation eine nicht unbedeutende Gefahr für die Ein-

---

19) Henke S. 45

20) Rupp, Grundfragen S. 8 Fußn. 24, der die Selbstverpflichtungslehre Jellineks für "alles andere als eine stichhaltige rechtliche Begründung für den Rechtscharakter des objektiven Gesetzmäßigkeitsprinzips" hält.

21) a.a.O.

haltung der Rechtsschranken durch den handelnden Staat. Garantierten noch die kollegial verfaßten Ämter sorgsame und unabhängige Wahrung der Rechtsordnung, so schwächte das Ministerialsystem (Art. 44, 45 revidierte preußische Verfassung) durch Umformung der Verwaltungsbehörden in Einzelbehörden diese Garantiewirkung ab [23]. Für die Einzelbehörden jedenfalls bedeuteten die Verwaltungsgegesetze Verpflichtungen, wobei dahinstehen kann, ob gegenüber der Norm selbst oder gegenüber dem Souverän [24].

3. Funktion der Beanstandung im Souveränitätsstaat

Im Ergebnis bleiben folgende Konsequenzen zu ziehen: Der Souveränitätsgedanke, auf dem die konstitutionelle Monarchie der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 fußt, versteht den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz in einem ausschließlich objektiven Sinne. Gesetze vermögen keine subjektiven Rechtspositionen zu kreieren; vielmehr bilden sie Schranken für die Ausübung der Exekutivgewalt durch den Souverän. Die Theorie von der Koinzidenz aller Staatsgewalt in der einen Gestalt des Monarchen läßt die 1850 unter Einwirkung der revidierten preußischen Verfassung erstmals gesetzlich fixierte Beanstanddung als ein Mittel erscheinen, das der Wiederherstellung der partiell fehlenden Übereinstimmung von Legislative und Exekutive dient; bedeutet nämlich Rechtswidrigkeit im souveränen Staat Diskrepanz dieser beiden Gewalten, so äußert sich die spezifisch verfassungsrechtliche Bedeutung der Beanstandung in eben diesem Harmoniesierungsprozeß. Beanstandung als Legalitätskontrolle hat die ständige Übereinstimmung von - ohnehin in der Person des Monarchen vereinter - Legislative und Exekutive zum Ziel. Diskrepanzen sind hier ohne innere Widersprüchlichkeit denkbar aus dem Gesichtspunkt der Behördenorganisation [25] oder der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf öffentlich-rechtliche Körperschaften, vornehmlich auf Gemeinden. GEORG JELLINEK [26] meint dazu, der Staat habe sich etwa

---

23) Georg Jellinek S. 352

24) Rupp S. 105

25) Georg Jellinek a.a.O.

26) S. 353

im Recht der Sistierung von Beschlüssen geeignete Machtmittel zur Garantierung "seiner" Rechtsordnung gegenüber diesen Körperschaften vorbehalten.
Da die Lehre von der Souveränität des Monarchen keine Entfaltung subjektiver Rechte durch Gesetze kennt, fehlt es nach dem Verfassungsverständnis von 1850 - in bewußter Negierung des Art. X. § 182 des Abschnittes VI. der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849 - an legalitätskontrollierenden Verfahren, die von einem Privaten initiiert werden und als Mittel der Gesetzmäßigkeitsprüfung mit der kommunalaufsichtlichen Beanstandung in Konkurrenz treten können.
Somit bestand ursprünglich die Funktion der Beanstandung in der Korrektur jedweder Gesetzesverletzung der Selbstverwaltungskörperschaften [27]. Mangels subjektiver Rechtspositionen des Bürgers war die Beanstandung einziges und ausschließliches Instrument zur Wahrung des Gesetzmäßigkeitsprinzips in der kommunalen Exekutive.

III. Beanstandung im Rechtswegestaat (Art. 19 Abs. 4 GG)

Die Frage nach der Beanstandungsfunktion auf der Grundlage des heutigen Verfassungsverständnisses verlangt eine - an dieser Stelle - kurze Beleuchtung der durch Einführung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffenen Folgen für das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung.
RUDOLF GNEIST [28] bezeichnet alle Versuche, das Ziel der Verwaltungsrechsprechung im subjektiven Rechtsschutz anzusiedeln, als "civilistische petitio principii". Für GNEIST bestand die primäre Aufgabe des Verwaltungsprozesses in der Wahrung des objektiven Rechts [29].
Selbst zu Beginn dieses Jahrhunderts sah man in Gesetzen

---

27) Schnapp DVBl 1971, 480 (482); Salzwedel VVDStRL, 22 (1965), 206 (227) nennt als Ausgangspunkt der geschichtlichen Entwicklung der deutschen Selbstverwaltung ausdrücklich den absolutistischen Staat

28) Gneist, Rechtsstaat S. 271

29) Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz S. 159

keine echten subjektiven Rechte, sondern bloße prozessuale Befugnisse [30]. So schrieb 1905 GEORG JELLINEK [31]: "Allein das subjektive Recht des Einzelnen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts besteht ausschließlich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen."

Die Verfassungssituation nach dem Bonner Grundgesetz hat den Beziehungskomplex Staatsbürger-Staat einschneidend gewandelt. Im Hinblick auf das Problem der Gesetzmäßigkeitsaufsicht innerhalb staatlichen Handelns stellen sich diese Veränderungen zweifach dar: Durch Art. 20 Abs. 3 GG, der die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet, wird ein völlig neuer Gesetzmäßigkeitsbegriff geschaffen. Sah ihn die Souveränitätstheorie noch in der totalen Übereinstimmung von ohnehin in der einen Person des Monarchen zusammengefaßter Legislative und Exekutive, so wird nunmehr - nicht zuletzt wegen der effektiven Dreiteilung der Gewalten - eine Verfassungsentscheidung zu Gunsten eines Rechtsstaatsbegriffs angenommen, der entweder formellen oder materiellen Sinn hat [32].
Zum einen werden - negatorische - subjektive Rechte des einzelnen gegen den Staat [33] anerkannt, die als Emanation aus der verfassungsmäßigen und grundgesetzlichen Freiheitssphäre jeder Person fließen [34]. Diese subjektiven Rechtspositionen übersteigen den Charakter bloßer durch die objektive Rechtsordnung gestützter Interessen; sie sind vielmehr zu materiellen Rechten erstarkt [35].
Zum anderen gewährt der in seiner Bedeutung für das Wert- und Anspruchssystem der Grundrechte überragende Art. 19 Abs. 4 GG jedem Bürger Individualrechtsschtutz gegen

---

30) Schnapp DVBl 1971, 480 (483)

31) S. 51

32) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdnr. 58-73 mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes

33) Henke passim; Rupp S. 146-153

34) Rupp S. 152

35) Schnapp a.a.O.

Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. Die Kontroverse, wie weit der Kreis der Rechte im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu ziehen ist, wird von der überwiegenden Literaturmeinung [36] dahin entschieden, daß als insoweit geschützte Rechte alle subjektiven öffentlichen Rechte zu bezeichnen seien [37].
Dieses Verfassungsverständnis bedeutet für die Funktion der Beanstandung den Verlust des ursprünglichen Ausschließlichkeitscharakters als Instrument zur Wahrung des Gesetzmäßigkeitsprinzips innerhalb der Exekutive. Neben die Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle sind - durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG institutionell gewährleistet - Individualrechtsschutzverfahren getreten, die sich gegen (belastende) rechtswidrige und damit beanstandungsfähige Gemeindeakte richten können.

IV. Beanstandung und Individualrechtsschutz

Das Konkurrenz- bzw. Parallelitätsproblem von Kommunalaufsicht und Einzelrechtsschutz war schon früh [38] Gegenstand höchstrichterlicher Verwaltungsrechtsprechung. Der Kommunalaufsichtsbehörde wurde die Entscheidungsbefugnis aberkannt, wenn dem Betroffenen der ordentliche Rechtsweg zu den Zivilgerichten oder das besondere Verwaltungsverfahren offenstand. In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung verneint das Oberverwaltungsgericht Münster [39] ein Beanstandungsrecht der Kommunalaufsichtsbehörde, wenn der Betroffene im Zivilprozeß Ansprüche gegen die Gemeinde wegen deren grundsätzlich beanstandungs-

---

36) Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 34 m.w.N.

37) dagegen Menger, System S. 119: "Dieser Begriff sollte ausschließlich dem Fall vorbehalten bleiben, daß ein Rechtssatz dem Bürger ein Recht darauf gibt, ein positives Tun vom Staate (d.h. einem Staatsorgan) zu verlangen."

38) vgl. beispielsweise prOVG, Urt. v. 20. Jan. 1916, prOVGE 70, 57 (59); prOVG, Urt. v. 26. April 1923, prOVGE 78, 58

39) Urt. v. 23. Jan. 1963, OVGE 18, 227 = DÖV 1964,

fähigen Aktes geltend machen kann.
Diese wohl gesicherte Rechtsprechung mag praktikable Wege gefunden haben. Eine dogmatische Lösung der Parallelitätsproblematik von Beanstandung und Individualrechtsschutz erübrigt sich dadurch jedoch keineswegs.

1. Subsidiarität der Beanstandung

In verfassungsrechtlicher Hinsicht läßt sich aus der bereits eingangs zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [40], Beanstandungen seien nur in extremen Fällen als ultima ratio der Rechtaufsicht zulässig, die These von der Subsidiarität des Beanstandungsaktes ableiten. Damit wäre der Kommunalaufsichtsbehörde jede Legaltiätskontrollmöglichkeit versagt, wenn andere parallele Verfahrensarten gleichfalls das Gesetzmäßigkeitsprinzip in der Exekutive kommunaler Gebietskörperschaften überprüfen.
SCHNAPP [41] hält die kommunalaufsichtliche Anordnung wegen Präjudiziabilität (Vorgreiflichkeit) dann für unzulässig, wenn eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit der Gemeinde zugleich ein subjektives Recht eines Privaten begründet, weil dieser seine Rechtsposition selbst verwirklichen könne.
Dieses zunächst für die Anordnung geltende Untersuchungsergebnis wird auf die gesamte Staatsaufsicht ausgeweitet [42]. Die Entwicklung subjektiver öffentlicher Rechte des Bürgers habe die Staatsaufsicht auf eine Reservefunktion zurückgedrängt; die Bejahung solcher Rechtspositionen bewirke "Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes". Eine derartige "Übersicherung" werde durch die aus der materiellrechtlichen Position fließende Rechtsschutzmöglichkeit Privater erübrigt.
GÜNTHER SCHMITT [43] tritt dieser Auffassung mit - allerdings - nicht verfassungsrechtlichen, sondern verfahrenstheoretischen Argumenten [44] entgegen. Jedes

---

40) Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 (118)
41) Schnapp Jur.Diss. S. 90-107 = Heft 2 S. 56-65
42) Schnapp DVBl 1971, 480 (483 f.)
43) BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (519 f.)
44) Günther Schmitt, System S. 174-196

Aufsichtsverfahren unterscheide sich von anderen Verfahrensarten nach Gegenstand, Zweck und Beteiligten. Am Aufsichtsverhältnis seien ausschließlich Staat und Gemeinde beteiligt, daraus folge die prinzipielle Beschränkung der Kommunalaufsicht auf diese Rechtsbeziehung und damit auf "staatsgerichtete Pflichten". Einen weiteren Grundsatz bilde die Ausübung der Aufsicht im öffentlichen Allgemeininteresse zur Wahrung des gesetzmäßigen Verwaltungsganges. Demgegenüber würden in Rechtsschutzverfahren "drittgerichtete Gemeindepflichten" geltend macht, die dem Bürger zivilrechtliche bzw. öffentlich-rechtliche Handlungs- oder Unterlassungsansprüche gewährten.

Die These von SCHNAPP zur Subsidiarität - auch - der Beanstandung gegenüber Rechtsschutzmöglichkeiten Privater basiert auf der als "Einheitlichkeits- oder Identitätstheorie" [45] bezeichneten Vorstellung, die Kommunalaufsicht wahre ihre Funktion nur dort, wo öffentlich-rechtliche Verpflichtungen der Gemeinde nicht einzelnen, sondern der Allgemeinheit, dem Staat gegenüber bestehen [46]. Ausgangspunkt dieser Lehre sollen die Lösung von "ursprünglichen ideengeschichtlichen Bindungen", und ein "modernes Verfassungsverständis" sein. Gerade hier sitzen aber erste Bedenken ein: SCHNAPP bezieht sich auf die das Verhältnis von Kommunalaufsicht und Ansprüchen Dritter gegen die Gemeinde behandelnde Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts im XVL. Band [47]. Das Gericht beschränkt in diesem Endurteil vom 18. März 1904 die Befugnisse der Aufsichtsbehörde zur Zwangsetatisierung im Falle privater oder öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen der Gemeinde Dritten gegenüber darauf, daß "das öffentliche Interesse an der Feststellung und Erfüllung der Verpflichtung beteiligt ist".

---

45) Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (520), Fußn. 105

46) Schnapp a.a.O.

47) S. 144 ff.

Wenn zur gleichen Zeit (1905) GEORG JELLINEK [48] in subjektiven Rechten bloße prozessuale Befugnisse sieht, die in der Fähigkeit beständen, "Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen", so wird die Anerkennung subjektiver Rechte als tragendes Argement für eine Subsidiarität der Beanstandung zweifelhaft; denn das Preußische Oberverwaltungsgericht [49] hatte deren "Reservefunktion" bereits 1904 ohne die Bejahung subjektiver Rechtspositionen angenommen.

2. Vereinbarkeit der Beanstandung mit Rechtsbehelfs- und Klagemöglichkeiten Dritter

Um den Parallelitätskonflikt von Beanstandung und öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfs- oder Zivilprozeßverfahren überzeugend zu lösen, bedarf es zunächst einer Differenzierung der diesen Verfahren zugrundeliegenden Drittansprüchen und Drittrechten.

a) Rechtswidrigkeiten der Gemeinde mit Wirkungen im Bereich des Zivilrechts

Führt ein beanstandungsfähiger Gemeindeakt zu Verstößen auf dem Gebiet des Zivilrechts, so tritt eine Rechtsbeeinträchtigung allenfalls im Rechtskreis der betroffenen Privatrechtsperson ein. Liegt beispielsweise in einem solchen Akt die positive Vertragsverletzung einer vorhandenen (obligatorischen) Schuldrechtsbeziehung, beeinträchtigt die Gemeinde bloß "relative" Ansprüche oder Rechtsgüter des Privatgläubigers. Ein öffentliches Interesse an der Vermeidung solcher privatrechtlicher Verstöße besteht nicht; Ausnahmen könnten nur dann gebildet werden, wenn die gemeindlichen Verbindlichkeiten aus einer Vertragsverletzung den haushaltlichen Ruin bedeuten.

Waren jedoch an demselben Gemeindebeschluß Mandatsträger unter Verletzung des Mitwirkungsverbotes wegen eines Ausschließungsgrundes nach Maßgabe der Gemeindeordnungen beteiligt, so liegt (auch) eine öffentlich-rechtliche Gesetzwidrigkeit vor.

---

48) S. 51

49) a.a.O. (Fußn. 47)

Diese Erkenntnis führt zu der Konsequenz, beanstandungsfähige Gemeindeakte gleichzeitig dem öffentlichen und dem privaten Rechtsgebiet zuordnen zu müssen, auch wenn sie nur Wirkungen in letzterem entfalten sollten. In diesem einen Akt fallen somit zusammen: Staatsgerichtete Pflichten zur Sicherung des gesetzmäßigen Verwaltungsganges und solche mit Drittwirkung, die in der Wahrung der Integrität des Privatrechtskreises des Dritten bestehen.

Eine Beanstandung der Kommunalaufsichtsbehörde wegen Verletzung von Mitwirkungsverboten bei Gemeindebeschlüssen würde zwar insgesamt Suspensivwirkung erzeugen, nicht aber über die spezifischen Privatrechtsbeziehungen zwischen Gemeinde und Dritten entscheiden [59]. Sofern dieses Verhältnis substantiell von der Wirksamkeit des beanstandeten Aktes abhängt, träte lediglich eine Reflexwirkung ein.

b) Rechtswidrigkeiten der Gemeinde im Bereich des öffentlichen Rechts

Regelt demgegenüber ein ebenso einschlägige Vorschriften der Gemeindeordnungen mißachtender und beanstandungsgeneigter Akt öffentlich-rechtliche Positionen Dritter im Sinne rechtlicher Beschwer, so kann dieser Gemeindeakt nur einheitlich dem öffentlichen Rechtskreis zugeordnet werden. Eine abgeänderte Beurteilung des Parallelitätskonflikts zwischen Beanstandung und Rechtsbehelfsverfahren folgt daraus jedoch nicht; auch hier koinzidieren die auf Wahrung des gesetzmäßigen Verwaltungsganges zielende "staatsgerichtete" Pflicht und diejenige zur gesetzmäßigen öffentlich-rechtlichen Behandlung des Dritten. Insoweit wird die Kommune "doppelseitig verpflichtet" [51], den Grundsatz des gesetzmäßigen Handelns einzuhalten.

c) Inkongruenz von Beanstandung und öffentlich-rechtlichem Rechtsbehelf

Das Verwaltungsprozeßrecht bestätigt die Ansicht, daß

---

50) Günther Schmitt, System S. 179

51) Günther Schmitt, System S. 187

Beanstandungen durch die Rechtsaufsichtsbehörden einerseits und öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz durch die Gerichte andererseits parallel verlaufen, ohne sich völlig zu decken und damit gegenseitig auszuschließen. Der Anfechtungskläger (§ 42 Abs. 1 VwGO) kann zur Präjudizierung eventueller Amtshaftungsansprüche im Wege der sog. Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO den Ausspruch der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes beantragen, wenn sich dieser vor Erhebung der Klage "erledigt" hat. Erledigung der Hauptsache tritt nur ein, wenn die sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Beschwer wegfällt [52]. Ob sich der einen Dritten belastende Gemeindeakt durch die mit Suspensiveffekt ausgestattete kommunalaufsichtliche Beanstandung "anders erledigt" im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, wird, soweit ersichtlich, weder in Rechtsprechung noch im Schrifttum erörtert [53]. Diese Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung; denn durch die Schaffung der Erledigungsfeststellungsklage hat der Gesetzgeber der VwGO zu erkennen gegeben, daß er den Rechtsschutz gegen belastende rechtswidrige Hoheitsakte nicht vom Fortbestand der unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung abhängig macht. Im Umkehrschluß (argumentum e contrario) läßt sich daraus für das Konkurrenzproblem zwischen Beanstandung und Rechtsbehelf gegen öffentlich-rechtliche Maßnahmen die Erkenntnis gewinnen, daß die kommunalaufsichtliche Legalitätskontrolle unabhängig von der verwaltungsgerichtlichen verläuft [54].

d) Verschiedenartigkeit der Verfahrensgegenstände

Schon oben hat sich herausgestellt, daß die Gemeinde

---

52) BGH Urt. v. 25. Jan. 1973, NJW 1973, 616 (617); Eyermann-Fröhler § 113 Rdnr. 39; Redeker/von Oertzen § 113 Rdnr. 12; Kopp, VwGO § 113 Anm. 8 b; dazu Menger, System S. 243 f.

53) Bekannt sind folgende Fälle: Ersetzung des ursprünglichen VA, selbst bei gleichlautendem neuen; Tod bei höchstpersönlichen Rechten und Pflichten; Zeitablauf; Eintritt der Volljährigkeit; Eintritt einer auflösenden Bedingung; Wegfall des Regelungsobjektes (dazu: Menger/Erichsen VerwArchiv Bd. 59 (1968), 180 (181)

einerseits eine auf Sicherung des gesetzmäßigen Verwaltungsganges "staatsgerichtete" Pflicht zu erfüllen hat, andererseits im Hinblick auf betroffene Bürger "drittgerichtete" Pflichten gewahrt werden müssen [55]. Aus der Verschiedenartigkeit der Verfahrensgegenstände im Aufsichts- und Rechtsschutzverfahren [56] resultiert, daß die ihnen zugrundeliegenden Interessen nicht deckungsgleich sind. Bestätigt wird diese Inkongruenz durch die Untersuchung der dem Aufsichts-bzw. Rechtsschutzverfahren zueigenen Gegenstände.
(Streit-)Gegenstand der Anfechtungsklage ist zumindest auch die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, auf der die Verletzung des Klägers in seinen Rechten beruht [57].
Zwar kontrolliert und korregiert die Beanstandung ebenfalls gemeindliche Ungesetzmäßigkeiten punktuell-konkret. Sie konzentriert sich aber nicht auf einen Rechtswidrigkeitsteilbereich, der zugleich die Verletzung eines Bürgers in seiner Rechtsstellung voraussetzt. Der Beanstandungsakt erfaßt vielmehr sämtliche Rechtsfehler unabhängig von Art und Schwere [58]. In dieser Eigenart kommt die Besonderheit der Beanstandung als kommunalaufsichtliches Instrument zum Ausdruck: Sie ist Korrelat der gemeindlichen Selbstverwaltung [59] und als solches Verwaltungsmittel. Die objektive materielle Rechtswidrigkeit in der Anfechtungsklage gehört hiergegen in den Bereich des judikativen Rechtsschutzes.

---

54) so im Ergebnis für die gesamte Aufsichtsbehördentätigkeit: Günther Schmitt, System S. 187

55) Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (519, 520)

56) Günther Schmitt a.a.O.; derselbe, System S. 188

57) Menger, System S. 164; derselbe VerwArchiv Bd. 50 (1959), 394; Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 35 II 3 m.w.N.; BVerwG Urt. v. 28. April 1972, BVerwGE 40, 101 (104): "Streitgegenstand ist in einem solchen Falle die Frage, ob die Beseitigungsverfügung den Anfechtungskläger in seinen Rechten verletzt, weil sie rechtswidrig ist."

58) dies bedeutet nicht, daß Beanstandungen u.U. inopportun sein können; dazu Reuter passim

59) BVerfG Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 (118)

Aus der bloßen Parallelität von Beanstandung und Rechtsbehelfsverfahren kann im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, den Beanstandungsakt auf extreme Fälle zu beschränken [60], nicht die These von der Subsidiarität dieser Rechtsbehelfsverfahren entnommen werden.

---

60) BVerfG a.a.O.

§ 3 Verhältnis von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Problemstellung

Aus seiner geschichtlichen Entwicklung ist das Rechtsinstitut Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Rechtmäßigkeitskontrolle hervorgegangen. Es gibt der Staatsaufsicht ein Instrument an die Hand, das eine dem Wesen der Repressivität "am nächsten kommende Einwirkungsmöglichkeit im Sinne einer rechtmäßigen Verhaltensweise [1] darstellt. Als die Beanstandung in der prStO 1850 ihre erste gesetzliche Normierung erfuhr, fehlten im modernen Verfassungsverständnis unabhängige Verwaltungsgerichte; man schrieb die Epoche der "Administrativjustiz". Verwaltung und Justiz bildeten eine Organisationseinheit, die Exekutive fungierte als "Richter in eigener Sache" [2].

Das Bonner Grundgesetz gestaltet das Gewaltenteilungsprinzip aus, indem es den Grundsatz der Gewaltenkontrolle verwirklicht und ein effektives System gegenseitiger Hemmung schafft. In der Ausprägung dieses Prinzips garantiert Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur Individualrechtsschutz, sondern regelt gleichzeitig das Verhältnis der beiden "rechtsanwendenden Gewalten" Exekutive und Judikative. Den Gerichten obliegt dabei die "Kontrolle der Exekutive" [3], d.h. die Überprüfung der Verwaltungsbehörden bei Rechtsauslegung und Rechtsanwendung. Zwar herrscht Streit, ob den Verwaltungsgerichten neben ihrer Funktion als Individualrechtsschutzgewähr die Aufgabe einer Verwaltungskontrolle

---

1) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375

2) zum gesamten Komplex Verwaltungsgerichtsbarkeit und Administrativjustiz: Sellmann, Verwaltungsgerichtsbarkeit passim; Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz passim; derselbe DÖV 1963, 719; van de Sandt S. 11-21; v. Sarwey, Verwaltungsrechtspflege passim; Görlitz passim; Gneist, Rechtsstaat passim; Drews ZgesStW 78 (1924), 586; Menger DÖV 1963, 726; derselbe DÖV 1969, 153; derselbe Grundrechte S. 717

3) Jesch AöR 82 (1957), 163 /236

zukommt [4]. Indes bedarf es hier für die vorliegende Untersuchung keiner eingehenden Erörterung, da der Meinungsstreit allein hinreichend Anlaß bietet, das Verhältnis zwischen Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit dogmatisch abzustecken.

An einer klaren Abgrenzung der Kommunalaufsicht zur Rechtsprechung fehlt es - soweit ersichtlich - bisher [5]. Daß sich Verwaltungsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht im Verhältnis der Exekutivität gegenüberstehen und ausschließen sollen [6], mag als These genügen; mehr kann diesem Satz aber nicht entnommen werden, solange er sich allein am Vorrang des Verwaltungsstreitverfahrens auf der Grundlage des Betroffenseins öffentlicher Interessen orientiert.

Die kommunalverfassungsrechtliche Nachkriegsentwicklung hat im Zusammenwirken mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits zu einer fortschreitenden Kommunalisierung der Verwaltung auf Kreis- und Ortsebene [7] und zeitlich parallel zu einer "Lockerung der staatlichen Rechtsaufsicht" geführt. Andererseits repräsentiert der Verwaltungsrichter in der Verwaltung den Staat, so daß MENGER diese wesensfremde Funktion als "Staatsaufsicht im richterlichen Gewande" [9] charakterisiert und kritisiert. WERNER WEBER [10] meint, "besser wäre es, wenn sie (scil. die Verwaltungsgerichtsbarkeit) ihrer eigentlich richterlichen Aufgabe einer Rechtskontrolle in pathologischen und zweifelhaften Sonderfällen zurückgegeben werden könnte und die staatliche Exekutive selbst sich wieder stärker der Sorge für Zucht, Ordnung, Redlichkeit und Koordinierung des Verwaltungsdienstes bis

---

4) Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 2 II 2 mit Darstellung des Meinungsstandes und weiteren Nachweisen; Jesch a.a.O.; derselbe, Gesetz S. 98; Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 7 m.w.N.; Menger, System S. 58-62

5) Stein S. 9; Borchert S. 18

6) Kuntzmann-Auert S. 87

7) Werner Weber DVBl 1952, 5

8) Menger DÖV 1969, 153 (160)

9) a.a.O.

10) a.a.O. (10)

in die Kreisinstanz annähme."
Zwar kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit der ersten Nachkriegsjahre für sich das Verdienst in Anspruch nehmen, gerade im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG Ansatzpunkte für eine verwaltungsgerichtliche Substantiierung des Kommunalaufsichtsrechtes geschaffen zu haben [11], indem der Staatsaufsicht lediglich die Sicherstellung der verwaltungsmäßigen Belange einer Gemeinde zugewiesen wurde [12]. Das Verhältnis der beiden "rechtsanwendenden" Gewalten zueinander blieb dabei jedoch unerörtert.
Die Forderung nach Abgrenzung der "gegenseitigen Aufgabenbereiche von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit" [13] bleibt insbesondere dann bestehen, wenn der Charakter der kommunalaufsichtlichen Beanstandung als Mittel der Legalitätskontrolle in den Vordergrund der Betrachtung rückt.

II. Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert

Die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit beginnt nicht erst mit der Schaffung des badischen Gerichtshofs durch Gesetz vom 5. Oktober 1863 [14], sondern reicht weiter zurück [15]. Bereits 1811 hatte Württemberg einen Staatsrat gebildet, dem nach seiner Umwandlung in einen "Geheimen Rat" [16] im Jahre 1816 die Entscheidung über Rekurse gegen Ministerialverfügungen übertragen wurde [17]; damit war der Rechtsschutz in Verwaltungsangelegenheiten insti-

---

11) Werner DVBl 1952, 549 (550)

12) VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 30. Aug. 1950, DÖV 1951, 307

13) Menger a.a.O.

14) bad. Reg.Bl. S. 399

15) Menger DÖV 1963, 726

16) durch "Verordnung die Organisation des Kgl. Geh. Rats betr." v. 8. Nov. 1816, Reg.Bl. S. 347

17) Rüfner DÖV 1963, 719 (724); Sellmann, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 58; v. Sarwey S. 255 ff.

tutionalisiert [18]. Die württembergische Verfassung von 1819 [19] verstärkte diese Institution. Auf der Generalklausel des § 60 Nr. 1 baute die "Verwaltungsrechtsprechung" des Geheimen Rates eine exemplarische Rechtsschutzgewähr auf, allerdings unter bewußter Beschränkung auf Rechtsbeschwerden [20]. Zu gleicher Zeit hatte Sachsen die Rechtspflege durch die Verwaltungsbehörden in einem förmlichen Verfahren geregelt [21].

Gleichwohl wurde diese From des Rechtsschutzes vom liberalen Bürgertum nicht akzeptiert. Der Gedanke der Gewaltenteilung war mit der organisatorischen Verbundenheit von Rechtspflege und Exekutive nicht in Einklang zu bringen. So beschloß die Frankfurter Pauskirchenversammlung in Art. X. § 184 Abs. 1 des Abschnittes VI. der Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849: "Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte". Damit waren zwar noch keine eigenständigen Verwaltungsgerichte geschaffen [22]. Von nun an sollten jedoch Verwaltungsprozesse nicht mehr vor weisungsabhängigen Behörden, sondern ausschließlich vor neutralen Gerichten entschieden werden [23].

In der Gesetzgebungswelle der 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts fand die Forderung des § 184 Abs. 1 zwar keinen gesetzlichen Niederschlag. Der ideengeschichtliche Gedanke der Gewaltentrennung ließ aber eine gesetzgeberische Rückkehr zur Verwaltungsrechtspflege im Sinne der

---

18) Menger DÖV 1969, 153 (154)

19) abgedruckt bei: Fricker S. 214 ff.; dazu: Sellmann, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 27 und S. 62 ff.

20) Rüfner a.a.O.; Görlitz S. 29

21) Nachweis bei: Walter Jellinek S. 91; Selmann a.a.O. S. 63

22) so Menger DÖV 1963, 726 und Grundrechte S. 720 f., der betont, es sei ein Irrtum, in § 184 Abs. 1 Paulskirchenverfassung eine Entscheidung gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit und für den Justizstaat zu sehen; dem Frankfurter Gesetzgeber sei es nicht darum gegangen, ob die Verwaltungsstreitsachen von den allein existierenden Justizgerichten zu entscheiden seien oder von getrennt zu errichtenden Verwaltungsgerichten. Der bedeutsame Vorgang liege im Bekenntnis gegen jede weisungsgebundene Administrativjustiz.

23) Menger a.a.O.; van de Sandt S. 19

Administrativjustiz nicht mehr zu [24]. So wurde 1863 in Baden [25], 1872 in Preußen [26] und bis 1900 in neun [27] weiteren deutschen Teilstaaten eine zumindest prinzipiell in ihrer Organisation getrennte Verwaltungsgerichtsbarkeit mit kontradiktorischem Verfahren [28] eingeführt.

III. Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Beanstandung, seit 1850 als Mittel zur kommunalaufsichtlichen Gesetzmäßigkeitskontrolle gesetzlich fixiert, weist zwischen 1870 und 1880 zwei Berührungspunkte zur Verwaltungsgerichtsbarkeit auf: Die eine Beziehung entspringt dem Theorienstreit über Zweck und Aufgabe der Verwaltungsgerichte, die zweite ist organisationsrechtlicher Natur.

1. Süddeutscher und preußischer Typ der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Den süddeutschen Typ der Verwaltungsgerichtsbarkeit kennzeichnete die völlige organisatorische Trennung der Gerichte von den Verwaltungsbehörden. Der geistige Vater dieses Systems, v. Sarwey,gelangte zu dieser Scheidung mittels seiner zweckorientierten Betrachtungsweise [29] [30]. Darüber hinaus entwickelte er, daß Verwaltungsrechtsprechung nur Schutz von Individualrechten bedeute, Voraussetzung mithin die Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte des

---

24) Menger, Grundrechte S. 717 (721)

25) bad. Reg.Bl. S. 399

26) Kreisordnung v. 13. Dez. 1872, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1872, S. 661 - 713, abgedruckt bei: Engeli-Haus S. 470-513 (vgl. §§ 140-166, 187-198); dazu: Drews ZgesStW 78 (1924), 586 (588)

27) Nachweise und Gesetzesangaben bei: Walter Jellinek S. 93

28) van de Sandt S. 20

29) v. Sarwey S. 73: "Sie (scil. die ihrer Sache nach rechtsprechende Tätigkeit) ist durch ihren Zweck wesentlich verschieden von der verwaltenden Tätigkeit, auch so weit diese die Rechtsordnung zu verwirklichen hat."

30) Menger DÖV 1963, 726 (727); derselbe DÖV 1969, 153 (154)

Bürgers sei [31] [32].
Das norddeutsche oder preußische System der Verwaltungsgerichtsbarkeit stand hierzu in diametralem Gegensatz. Die von RUDOLF GNEIST zu Beginn der 70er Jahre - mit der Unterstützung Bismarcks - durchgeführte Verwaltungsreform bedeutete Preußens ernsten Versuch, auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts einen Rechtsstaat im formellen Sinn zu schaffen [33]. Dabei hielt GNEIST [34] den süddeutschen Weg des Individualrechtsschutzes für eine rechtlich unhaltbare "civilistische petitio principii". Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte die objektive Rechtsordnung gewähren. Die Gerichte dienten somit dem Staat als Kontrollmittel gegenüber der aktiven Verwaltung [35].

---

31) Sarwey S. 78: "a) Die Rechtsprechung kann nur tätig werden, wenn sie zum Schutz eines Individualinteresses verlangt wird und dies nur b) wenn dieses Interesse ein solches ist, welches nach der öffentlichen Rechtsordnung geschätzt, d.h. dessen Unantastbarkeit durch die Verwaltung, deren Willen gegenüber im Prinzip jedes Einzelinteresse zu weichen hat, von der öffentlichen Rechtsordnung unbedingt und insoweit gewährleistet ist, ...".

32) Görlitz S. 33 und 37; Menger DÖV 1963, 726 (727); derselbe DÖV 1969, 153 (154); derselbe, Grundrechte S. 717 (723); derselbe, System S. 181

33) Drews ZgesStW 78 (1924), 586 (588)

34) Rechtsstaat S. 270 f.: "Folgeweise sind alle Controlen der Staatsverwaltung gleichzeitig zum Schutz der Gesamtheit wie des Einzelnen bestimmt. Wenn in bestrittenen Fragen dieser Ordnung den Unterthanen rechtliches Gehör gewährt, contradictorisch verhandelt und im Beweis aufgenommen wird, so geschieht dies (wie im Strafprocess) zur Sicherung einer sinngemäßen Ausführung der Gesetze. Man erkennt das Interesse der Beteiligten als einen Rechtsanspruch an, aber in anderer Weise als da, wo der Rechtsschutz des Individualrechts nächster Zweck und Gegenstand der obrigkeitlichen Thätigkeit ist.
Das Parteirecht erscheint daher in diesem Gebiet nur als ein secundäres, aus dem öffentlichen Recht abgeleitetes, analog wie die formelle Parteistellung des Anklägers und Angeklagten im Strafverfahren sich secundär dem absoluten Gebote der sinngemässen Anwendung des Strafgesetzes unterordnet."

35) Menger DÖV 1963, 726 f.; derselbe DÖV 1969, 153 (154); derselbe, Grundrechte S. 717 ff. (724); derselbe, System S. 17 f.; Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz S. 159; Görlitz S. 37

Der dem Bürger gewährte Rechtsschutz war bloß sekundäre Funktion eines primär als staatsintern verstandenen Vorganges.
Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutete also auf der Grundlage des von GNEIST theoretisch fundamentierten preußischen Systems vor allem staatsinterne Rechtmäßigkeitskontrolle gegenüber Verwaltungsmaßnahmen mit Außenwirkung. In diesem Wesen liegen Paralle wie Unterschied zur kommunalaufsichtlichen Beanstandung. Gemeinsamer Gegenstand beider Verfahren ist die Gesetzeskonformidität im Bereich des öffentlichen Rechts. Es ist jeweils zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm vom Lebenssachverhalt im Wege der Subsumtion derart ausgefüllt werden, daß die Anordnung der entsprechenden Rechtsfolge gedeckt wird. Dies gilt jedenfalls bei Eingriffen in die Rechtssphäre Privater. Im Bereich verfahrensregelnder Vorschriften gilt im Prinzip die gleiche Prüfungsmethode, jedoch mit dem Unterschied, daß nicht die konkrete Rechtsfolge auf ihre Voraussetzungen hin untersucht wird, sondern bei Fehlerhaftigkeit des Verfahrens eine entsprechende Feststellung getroffen werden muß. Der Unterschied zwischen Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht entscheidend in der Anstoßbedürftigkeit des Verwaltungsprozesses, während die Aufsichtsbehörde von sich aus tätig wird.

2. Organisatorische Verbindung von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert

Wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit funktional als Mittel zur Wahrung der objektiven Rechtsordnung verstanden, so erscheint die organisatorische Verbindung von Gerichten und Verwaltungsbehörden konsequent. Nur das 1875 eingerichtete preußische Oberverwaltungsgericht stellte als höchste Instanz ein mit unabhängigen Richtern besetztes selbständiges Gericht dar [36]. In den beiden unteren Instanzen dagegen wurde Behördentätigkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit in "Mischform" [37] betrieben. Diese

36) Menger DÖV 1969, 153 (154)

37) Görlitz S. 43

"Doppelgesichtigkeit [38] der preußischen Stadt-, Kreis- und Bezirksausschüsse bedeutete einen klaren Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip [39], auch wenn der Kreisausschuß als unterste Instanz und Kollegialbehörde "durch ehrenamtliche Beimischung" [40] unabhängig gemacht wurde [41]. Die ursprüngliche Unabhängigkeit des durch die prKrO 1872 eingeführten Bezirksverwaltungsgerichts wurde 1880 durch Umwandlung in den Bezirksausschuß beseitigt [42].

3. Trennung der Beanstandung vom Verwaltungsgerichtsverfahren

Die "Verwischung der Grenze zwischen Rechtsprechung und Verwaltung" [43] wurde vollendet durch die Neuregelung des aufsichtsbehördlichen Beanstandungsverfahrens im Jahre 1875. In einem Akt offensichtlicher Verwaltungsgerichtsbarkeits-Euphorie wurde die Zuständigkeit für diese Verfahren den Gerichten zugewiesen. Nach § 118 Abs. 2 Satz 2 prProvO [44] konnte die Aufsichtsbehörde Beanstandungen nur noch mittels Anfechtungsklage verfolgen [45]. Als Klägerin erhielt die Aufsichtsbehörde eine Parteirolle im Verwaltungsstreitverfahren, ohne zuvor selbst durch einen Beanstandungsakt in das Verhältnis zur Selbstverwaltungskörperschaft regelnd eingegriffen zu haben.
In diesem Gesetz drückt sich die für das preußische System der Verwaltungsgerichtsbarkeit typische Tendenz aus, die Überprüfung des Gesetzmäßigkeitsganges der aktiven Verwaltung ausschließlich den Verwaltungsgerichten zu übertragen, die schon wegen ihrer organisatorischen Verbindung mit den Verwaltungsbehörden die Legalitätskontrolle als staatsinternen, der Exekutive zuzuordnenden Vorgang auffaßten.

---

38) Menger, Grundrechte S. 717 (724)

39) Walter Jellinek S. 94

40) Walter Jellinek S. 92

41) Menger DÖV 1963, 726 (727)

42) Menger a.a.O.

43) Drews ZgesStW 78 (1924), 586 (591)

44) vom 29. Juni 1875, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1875, S. 314-351

45) v. Grumbkow S. 102; Arthur Müller S. 21 f.

Zwar wurde die aufsichtliche Beanstandungsklage 1881 gesetzlich beseitigt [46]; nunmehr oblag es der Selbstverwaltungsbehörde, die Beanstandung der Aufsichtsbehörde im Klageweg anzugreifen [47]. Das im preußischen System verkörperte Ideengut wurde damit aber keineswegs eleminiert. Mag auch die Fragestellung verfehlt sein, so ist heute nach Schaffung des Bonner Grundgesetzes das Problem höchst streitig, ob der Verwaltungsprozeß neben der Individualrechtsschutzgewähr auch das objektiv rechtmäßige Verwaltungshandeln kontrolliert [48].
Wesentlich für die Beurteilung des Verhältnisses von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit sind aber die gesetzgeberischen Motive des Gesetzes von 1881 [46], die der Beseitigung des verwaltungsgerichtlichen Beanstandungsverfahrens zugrundelagen. Neben dem Argument der Überbelastung der Gerichte setzte sich die verwaltungsprozessuale Erkenntnis durch, daß jedes Verwaltungsgerichtsverfahren ein Streitverhältnis zwischen Behörde und Beteiligten voraussetze; dieses entstehe nur, wenn die Verwaltung eine "behördliche Anordnung" träfe, durch die sich die Betroffenen in ihren Rechten verletzt fühlten. Die Beanstandung wurde für eine solche "Anordnung" gehalten [49].

---

46) durch Gesetz vom 22. März 1881, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1881, S. 234

47) v. Grumbkow S. 103; Arthur Müller S. 22

48) Menger, Grundrechte S. 717 (728 f.)

49) v. Grumbkow S. 103 (m.w.N.): "Bei der geschilderten Gestaltung der Beanstandung machte es sich sehr bald als Übelstand geltend, daß die Staatsbehörde, wenn sie einen gesetzwidrigen Beschluß beanstanden wollte, als Klägerin im Verwaltungsstreitverfahren aufzutreten genötigt war; man fand, daß ein Streit zwischen der Verwaltungsbehörde und den Beteiligten begriffsmäßig eine Anordnung der Behörde voraussetze, durch welche die Beteiligten sich in ihren Rechten verletzt fühlten. Dieses der Beanstandung begrifflich innewohnende, aber bei der zuerst von der Provinzialordnung getroffenen Regelung von der dem Oberverwaltungsgericht zustehenden Entscheidung so gut wie verschlungene Anordnungsrecht der beanstandenden Behörde kommt denn auch in der erwähnten Abhängigmachung der Herbeiführung einer sofortigen Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts über die Ausführung des Beschlusses von der Befolgung oder Nichtbefolgung des vom Oberpräsidenten der beschlußfassenden Behörde zu machenden Er-

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren konnte sich also nur zwischen Prozeßparteien entspannen, die bereits vor Klageerhebung in ein spezifisches öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis getreten waren. Ihren Entstehungsgrund konnte diese Rechtsbeziehung nur im Tätigwerden der Verwaltungsbehörde finden. Die kommunalaufsichtliche Beanstandung bedeutete als "Anordnung" eine solche Tätigkeit der Exekutive.

Da aber gerade nach der preußischen Lehre das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in einer als staatsinterner Vorgang verstandenen Gesetzmäßigkeitskontrolle der aktiven Verwaltung bestand, andererseits seit 1869 in Schleswig-Holstein und seit 1872 in Preußen selbst das Beanstandungsrecht der Staatsaufsichtsbehörde auf kompetenzverletzende und gesetzesüberschreitende Beschlüsse, d.h. auf Fälle formeller und materieller Gesetzwidrigkeit reduziert war, muß denknotwendig zwischen beiden legalitätskontrollierenden Verfahren jener Zeit ein Unterschied bestehen; anderenfalls wäre ihre parallele Existenz sinnlos.

Formell - darauf wurde schon hingedeutet - hebt sich das Verwaltungsgerichtsverfahren durch seine Anstoßbedürftigkeit vom Beanstandungsvorgang ab, der ausschließlich von der Initiative der Kommunalaufsichtsbehörde selbst abhängt. Inhaltlich unterscheiden sich Verwaltungsprozeß und Beanstandung dadurch, daß im ersten Fall nur punktuell-konkret Gesetzmäßigkeit überprüft wird, während der Aufsichtsbehörde permanent-abstrakte Rechtswahrungsaufgaben obliegen.

Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit ist ein retrospektiv zu beurteilender abgeschlossener, wenn auch gegenwärtige Rechtswirkungen erzeugender Sachverhalt. Zwar rügt die Aufsichtsbehörde mit der Beanstandung ebenfalls in der Vergangenheit liegende Gemeindeakte. Final wird aber gleichzeitig auch künftig währende Kontinuität der gesetzmäßigen Gemeindeverwaltung angestrebt [50] [51].

---

50) prOVG, Endurteil v. 9. Mai 1893, prOVGE XXV, 46 (49)

51) Maull S. 4; vgl. Kuntzmann-Auert S. 86

Die Summe dieser formellen wie inhaltlichen Unterschiede rechtfertigt die parallele Existenz von Verwaltungsgerichtsbarkeit im preußischen Sinne und kommunalaufsichtlichem Beanstandungsverfahren.

IV. Verfassungsrechtliche Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz

Das Bonner Grundgesetz hat sich in Art. 92, 97 Abs. 1 gegen das preußische System entschieden [52]. Zwar herrscht Streit darüber, ob im Verwaltungsprozeß neben dem Rechtsschutz für Individualrechte das Verwaltungshandeln auf objektive Rechtmäßigkeit hin überprüft wird [53]. Nicht zuletzt aus § 42 Abs. 2 VwGO [54] folgt (auch) als Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Bürger gegen Verwaltungsmaßnahmen gewährter Rechtsschutz [55]. Die - insofern atypische - Klageart der selbständigen verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (§ 47 VwGO), deren Gegenstand Vereinbarkeit eines Rechtssatzes mit der Gesamtrechtsordnung ist, durchbricht den in § 42 Abs. 2 VwGO festgelegten Gedanken des individuellen Rechtsschutzes jedenfalls dann nicht, wenn Antragsteller des abstrakten Normenkontrollverfahrens eine natürliche Person ist, die einen Rechtsnachteil bereits erlitten oder absehbar zu erwarten hat (§ 47 Satz 2 VwGO) [56].

Das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO verkörpert auch heute noch Elemente des preußischen Typs der Verwaltungsgerichtsbarkeit [57]. Die Erhebung des Widerspruches gemäß § 69 VwGO eröffnet der Widerspruchsbehörde Eingriffsbefugnisse mit dem Ziel, die Verwaltungstätigkeit neben Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen [58].

---

52) Menger DÖV 1969, 153 (154)

53) Menger, Grundrechte S. 727 (728) m.w.N.

54) Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz S. 159 f.

55) Görlitz S. 55; Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 2 II 1 m.w.N.; Rumpf VVDStRL 14, 136 (137-141)

56) zu diesen Fragen: Menger a.a.O. (729)

57) Görlitz S. 84

58) Hans J. Wolff III § 161 I a 2; v. Mutius S. 125

Damit findet eine "fremdinitiative" [59] Selbstkontrolle der Verwaltung statt, die dem auf Wahrung des gesetzmäßigen Verwaltungsganges bedachten preußischen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das als staatsinterner Vorgang [60] erfunden wurde und anstoßbedürftig war, nahekommt.

V. Begriffliche Abgrenzung von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Sowohl Kommunalaufsichtsakt als auch Richterspruch basieren auf der Anwendung von Rechtssätzen im konkreten Einzelfall. TRIEPEL [61] sieht hierin die "autoritative Unterstellung eines Sachverhaltes unter eine Rechtsnorm". KUNTZMANN-AUERT [62] nennt Staatsaufsicht und Verwaltungsgerichtsbarkeit technische Sicherheitsfaktoren im Spannungsverhältnis zwischen gemeindlicher Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) und richterlicher Bindung der kommunalen Gebietskörperschaften.

Die Untersuchung brauchbarer Kriterien für die Abgrenzung der Beanstandung vom Verwaltungsgerichtsverfahren kann für sich praktische Relevanz beanspruchen. Da die Kommunalaufsichtsbehörde den Beanstandungsakt selbst erläßt, könnte der zum rechtsstaatlichen Prinzip erhobene Grundsatz verletzt sein, der den "Richter in eigener Sache" verbietet. Handelt es sich bei der Beanstandung aber um ein einfaches Verwaltungsverfahren, gilt der verfassungsmäßige Ausschluß des Richters in eigener Sache nicht [63].

1. Untersuchungsmethode

Zwar bietet § 9 VwVfG eine Legaldifinition für den Begriff des Verwaltungsverfahrens. Danach besteht das finale Merkmal [64] behördlicher Aktivität im Erlaß eines

---

59) v. Mutius S. 126

60) Menger DÖV 1963, 726 (727)

61) S. 136

62) S. 86

63) BVerfG Beschl. v. 29. April 1954, BVerfGE 3, 377 (381)

64) Meyer-Borgs § 9 Rdnr. 5

Verwaltungsakts oder im Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Untersuchungsmethodische Gründe erübrigen aber den Versuch, die Beanstandung als Verwaltungsakt [65] zu charakterisieren. Denn dann wäre die Beanstandungstätigkeit Verwaltungsverfahren. Begriffsbestimmungen für das Verhältnis zum Verwaltungsgerichtsverfahren wären nicht gewonnen.

2. Abgrenzungskriterien

Daher soll zunächst eine begriffliche Bestimmung mit Hilfe formeller [66], institutioneller [67] und organisatorischer [68] Anhaltspunkte unternommen werden [69].

a) Formelle Regelung

Für die Qualifizierung der Frage, ob ein Gremium als Gericht oder als Behörde tätig wird, könnte es ausschließlich auf die gesetzliche Regelung ankommen [70] [71]. Die Gemeindeordnungen der bundesrepublikanischen Flächenstaaten bezeichnen übereinstimmend die Kommunalaufsicht als staatliche Verwaltungsaufgabe, für welche die Rechtsaufsichtsbehörde als Verwaltungsbehörde allein zuständig sei [72]. Mithin wäre die kommunalaufsichtliche Beanstandung staatliche Verwaltungsaufgabe, der Beanstandungsvorgang Verwaltungsverfahren.

---

65) vgl. § 35 VwVfG (Legaldefinition des VA)

66) Wolff-Bachof I § 19 III a

67) Menger VerwArchiv 51 (1960), 64 ff.

68) Wolff-Bachof I § 19 IV a

69) zum ganzen: v. Mutius S. 21-25

70) bejahend: Leibholz/Rinck Art. 92 Rdnr. 4

71) so BverfG Beschl. v. 17. Jan. 1957, BVerfGE 6, 55 (62 f.): "Bedenken gegen den Charakter der bayrischen Finanzgerichte als "Gerichte" im Sinne des Grundgesetzes könnten - trotz ihrer Bezeichnung als "Gerichte" - bestehen, weil "die beamteten Beisitzer" abberufen werden konnten (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und weil der Vorsitzende und der beamtete Beisitzer (ständiges Mitglied) im Gesetz als "Beamte der Finanzverwaltung" bezeichnet sind (§ 2 Abs. 3)."

72) vgl. § 119 GOBa-Wü; Art. 110 GOBay; §§ 136 GOHess, 128 GONds, 106 a GONW, 118 GO Rh-Pf, 124 GOSaar, 121 GOSch-Hol

Es sprechen jedoch erhebliche Bedenken dagegen, die Bestimmung eines Gremiums als Gericht oder Verwaltungsbehörde dem Gesetz zu überlassen. Diese Zweifel folgen aus der Vorlagepflicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG [73]. Die Funktion dieser Norm besteht darin, "die Überprüfung des Gesetzgebers beim Bundesverfassungsgericht zu konzentrieren" [74]. Da nach Art. 100 Abs. 1 GG bei angenommener Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur Gerichte vorlagepflichtig sind, nicht aber Verwaltungsbehörden, würde es u.U. von der Disposition des Gesetzgebers [75] oder seiner falsa demonstratio [76] abhängen, ob die mit Verfassungsrang ausgestattete Vorlagepflicht entsteht. Solche Zufälligkeiten sind mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen. Die entsprechende gesetzliche Regelung kann daher zur Unterscheidung zwischen Verwaltungsgerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren keinen brauchbaren Beitrag leisten.

b) Institutionelle Unabhängigkeit

Auch das Kriterium der sachlichen und personellen Unabhängigkeit bietet kein hinreichendes Unterscheidungsmerkmal. Zwar entscheidet für den Begriff der Rechtsprechung das Kennzeichen "Unabhängigkeit den Organen der übrigen Gewalten des Staates gegenüber, also insbesondere der Regierung und den Verwaltungsbehörden" [77]. Da aber auch Verwaltungsbehörden mit Weisungsfreiheit und damit Unabhängigkeit ausgestattet werden können [78], handelt es sich nicht um ein gerichtsspezifisches Kennzeichen. So unterliegt z.B. der Rechtsausschuß gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 AGVwGO RhPf keinerlei Weisungen irgendwelcher Organe der Gebietskörperschaft,

---

73) Bettermann AöR 92 (1967), 496 (532); v. Mutius S. 22

74) BVerfG Beschl. v. 4. Febr. 1964, BVerfGE 17, 208 (210)

75) v. Mutius a.a.O.

76) Bettermann a.a.O.

77) Menger, System S. 46 ff.

78) Bettermann a.a.O. (533); v. Mutius S. 23; Menzel DVBl 1969, 71 (74)

der er angehört und für die er nach § 7 AGVwGO RhPf zuständigkeitshalber Widersprüche bescheidet [79].

c) Verfahrensorganisation

Schließlich bleibt zu untersuchen, ob Verfahrensgestaltungen, insbesondere Verfahrensgrundsätze [85] brauchbare Unterscheidungskennzeichen dafür bieten, ob ein Gremium als Gericht oder Behörde tätig wird. Nach 1881 unterschieden sich in Preußen die auf Wahrung der Gesetzmäßigkeit innerhalb der Verwaltung bedachte Verwaltungsgerichtsbarkeit, die als staatsinterner Vorgang aufgefaßt wurde, vom kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfahren durch die Anstoßbedürftigkeit; nur auf Klageerhebung hin konnte das Gericht tätig werden.

Das Merkmal der Initiativbedürftigkeit [86] bietet auch heute noch den Boden für eine verfahrensrechtliche Unterscheidung zwischen Verwaltungsgerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren.

Der Verwaltungsprozeß kommt erst durch den förmlichen Anruf des Klägers oder Antragstellers in Gang [87]. Dazu bedarf es gemäß § 81 Abs. 1 VwGO entweder einer bei Gericht einzureichenden Klageschrift oder einer entsprechenden Erklärung zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Ob ein verwaltungsprozessuales Verfahren eingeleitet wird, hängt mithin ausschließlich vom Willen des Klägers oder Antragstellers ab; insoweit herrscht die Dispositionsmaxime [88].

---

79) im Ergebnis daher abzulehnen: Günther Schmitt, System S. 116 f., der als Träger der Rechtsprechungsfunktion "organisatorisch verselbständigte Spruchstellen" "mit sachlich und persönlich unabhängigen Richtern" ansieht; diese Privilegien fehlten den mit der Gemeindeaufsicht betrauten Beamten.

85) v. Mutius S. 23 ff.

86) Nach dem Grundsatz "ne eat iudex ex officio" darf das Gericht nur auf Verlangen eines Klägers oder Antragstellers tätig werden. Dazu: Forsthoff, Lehrbuch S. 6

87) Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (480)

88) Meyer-Borgs § 22 Rdnr. 1

Demgegenüber entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt (§ 22 Satz 1 VwVfG). Gewährt das Verwaltungsgericht primär dem Einzelnen in dessen Interesse Individualrechtsschutz, so werden im Verwaltungsverfahren öffentliche Interessen der Allgemeinheit verfolgt; es gilt daher das Offizialprinzip [89].

Die Kommunalaufsichtsbehörde übt die ihr übertragene Legalitätskontrolle "ununterbrochen und von Amts wegen" [90] aus. Der Beanstandungsvorgang drückt "selbstinitiative Selbstkontrolle" [91] aus, während das Verwaltungsgerichtsverfahren fremdinitiative Fremdkontrolle darstellt [92].

Dieser Unterschied in der verfahrensrechtlichen Einleitungsmöglichkeit prägt das Verhältnis von Verwaltungsprozeß und Beanstandungstätigkeit.

Die Problematik der Verfahrensgestaltung als maßgebliches Unterscheidungskriterium [93] bedarf keiner abschließenden Erörterung. Denn bei der Frage der Einleitungsmöglichkeit geht es nicht um die Verfahrensgestaltung ("wie"), sondern um die Verfahrensinitiative ("ob").

Die grundlegende Bedeutung der Initiative als Unterscheidungskennzeichen kommt besonders in der Klagerücknahme (§ 92 VwGO) zum Ausdruck [94]. Dieses Verfahrensmittel fließt aus der Dispositionsmaxime und führt zur unmittelbaren Prozeßbeendigung mit den fiktiven Folgen nach §§ 173 VwGO, 271 Abs. 3 ZPO.

VI. Materielle oder funktionelle Begriffsbestimmungen für die Abgrenzung des Beanstandungsvorganges vom Verwaltungsgerichtsverfahren

Wenn auch mit dem Merkmal "Initiative" ein Definitionsmittel im organisatorischen Bereich feststeht, enthebt

---

89) dieselben a.a.O.

90) Günther Schmitt a.a.O. (481)

91) Hans J. Wolff III § 161 III

92) zur "Fremdinitiative" des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens gem. §§ 68 ff. VwGO: v. Mutius S. 126

93) ablehnend: Bettermann AöR 92 (1067), 496 (536); ebenfalls kritisch: v. Mutius S. 25

94) Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (480)

dieses Zwischenergebnis die vorliegende Untersuchung nicht der Aufgabe, vom Terminus Rechtsprechung her materielle oder funktionelle [95] Unterscheidungskriterien aufzudecken. Untersuchungsmethodisch soll dabei nicht auf Inhalt, Zweck und Wirkung der Beanstandungstätigkeit abgestellt werden; die Bestimmung der Rechtsnatur des Beanstandungsverfahrens und des Beanstandungsaktes bleibt einem gesonderten Abschnitt vorbehalten.

1. Rechtsanwendung

"Rechtsprechung" bedeutet kein Spezifikum der Rechtsprechung. MENGER [96] definiert Rechtsanwendung als "Subsumtion des zu ordnenden oder zu gestaltenden Sachverhalts unter den Tatbestand des dafür vorgesehenen, in der positiven Rechtsordnung enthaltenen Rechtssatzes und ... Vollziehung der an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolge". Rechtsanwendung im Sinne dieser Definition durch Sachverhaltssubsumtion und Rechtsfolgenvollziehung erfolgt auch bei Erlaß gebundener Verwaltungsakte [97], etwa bei Steuerbescheiden.

2. Streitentscheidung

SCHNAPP [99] legt Art. 92 GG einen materiellen Rechtsprechungsbegriff zugrunde und stellt auf dessen angebliches Hauptkriterium, die Streitentscheidung, ab. Der kommunalaufsichtlichen Anordnung fehle das Merkmal der Entscheidung inter partes, da es hier um einen Befehl im Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Gemeinde gehe. Ähnlich argumentiert GÜNTHER SCHMITT [100]: Im Gerichtsverfahren ordne der Staat als "neutraler Dritter" fremde

---

95) Menger VerwArchiv 51 (1960), 65 f.; Menger/Erichsen VerwArchiv 56 (1965), 384; Bettermann AöR 92 (1967), 496 (497)

96) System S. 30

97) Bettermann a.a.O. (498); v. Mutius S. 26

98) Menger, System S. 37

99) Jur.Diss. S. 105 ff. = Heft 2 S. 65

100) System S. 117 f.

Rechtsverhältnisse, während derselbe Staat in der Gemeindeaufsicht "als Parteivertreter" in eigener Sache [101] entscheide.
MENGER [102] hat überzeugend nachgewiesen, daß das streitentscheidende Moment nicht zum notwendigen Begriffskern der Rechtsprechung zählt. Gerade aus der sich vom anglo-amerikanischen Rechtskreis abhebenden Stellung des Staatsanwaltes im deutschen Strafprozeß folge, daß die Streitentscheidung kein echtes Kriterium zur Abgrenzung der gerichtlichen von der verwaltungsbehördlichen Tätigkeit sei [103]. Im Normenkontrollverfahren [104] fehlt es ebenso an einer Streitentscheidung. Demgegenüber wird beim Verfahren in Wild- und Jagdschadenssachen gemäß § 35 Bundesjagdgesetz durchaus ein Streit im Einzelfall entschieden [105] [106].

3. Rechtsschutzgewährung

Wesentliche Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist als Ausfluß des Art. 19 Abs. 4 GG die Rechtsschutzgewährung. Dieses Kennzeichen liefert aber kein gerichtsverfahrensspezifisches Unterscheidungskriterium; denn

---

101) zum Charakter des Beschwerdebescheides nach dem SchwerbeschädigtenG: BVerfG Beschl. v. 29. April 1954, BVerfGE 3, 377 (381 f.); danach stellt der echte Beschwerdebescheid keinen Akt der Rechtsprechung, sondern einen Akt der Selbstkontrolle der Verwaltung, also eine Entscheidung in eigener Sache dar.

102) System S. 40-46 (mit zahlreichen Beispielen)

103) Menger a.a.O. S. 50

104) BVerfG Urt. v. 6. Juni 1967, NJW 1967, 1219 (1220)

105) v. Mutius S. 27

106) so im Ergebnis: Bettermann a.a.O. S. 498 f.; teilweise abweichend: Forsthoff S. 6; seine Definition der Rechtsprechung als "streitentscheidende Gesetzesanwendung durch einen Dritten" muß auch abgelehnt werden, soweit das Merkmal der neutralen Instanz enthalten ist; der Rechtsausschuß gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 AGVwGO Rh-Pf wird ebenfalls durch Weisungsfreiheit und damit Unabhängigkeit gekennzeichnet.

auch das Verwaltungsverfahren hat im weiteren Sinn Rechtsschutzfunktion [107]. Verwaltungsbehördliche Tätigkeit dient insbesondere dann dem Individualrechtsschutz, wenn sie von einem Antrag als Verfahrensvoraussetzung abhängt [108] (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Ein solcher Antrag schafft eine Beteiligtenstellung, die verfahrensrechtlich subjektive Rechte und Pflichten des Antragstellers ausdrückt [109] [110].

4. Rechtskontrolle

Die Beanstandung in der Kommunalaufsicht stellt ein klassisches Beispiel dafür dar, daß nicht nur im Verwaltungsprozeß Rechtskontrolle ausgeübt wird. Seit der schholStO (1869) und der prKrO (1872) beschränken sich die Beanstandungsrechte der Kommunalaufsichtsbehörde auf die Fälle formeller und materieller Gesetzmäßigkeit. Mit Ausnahme der Zeit von 1935 bis 1945 (§ 109 DGO) wird somit seit über 100 Jahren in diesem Bereich der Verwaltung ausschließlich Legalität, d.h. Recht kontrolliert [111]. Auch findet im Widerspruchsverfahren der VwGO als bundeseinheitlichem Verwaltungsverfahren Selbstkontrolle der

---

107) Forsthoff, Lehrbuch (8. Aufl. 1961), S. 462: "Den Rechtsschutz kann man in einem weiteren und einem engeren Sinne verstehen. Allein die Tatsache, daß die Verwaltung an das Recht gebunden ist, gewährt dem Betroffenen einen Schutz. ...Dieser Schutz im weitesten Sinne ist jedoch mit dem Wort Rechtsschutz nicht gemeint. Man versteht darunter die rechtlich verliehene Möglichkeit des durch ein Verwaltungshandeln Betroffenen, sich gegen einen Verwaltungsakt mit spezifischen Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen. Der Rechtsschutz im weiteren Sinne ist in allen Phasen des Verwaltungshandelns wirksam. Der Rechtsschutz im engeren Sinne bezieht sich auf das Ergebnis der jeweils letzten Phase dieses Handelns, den Verwaltungsakt."; Hans. J. Wolff III § 161 I 2 b; v. Mutius S. 28

108) v. Mutius a.a.O.

109) Meyer/Borgs § 13 Rdnr. 1

110) a.A. Menger, System S. 55: "Rechtsschutz ist das Zurverfügungstellen der von den Gerichten ausgeübten staatlichen Entscheidungs- und Zwangsgewalt zur Verwirklichung von Ansprüchen des Einzelnen."

111) v. Mutius S. 29 Fußn. 66

Verwaltung statt [112].

5. Abänderbarkeit der Abschlußentscheidung

Gravierende Unterschiede für Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren bildet das Kriterium der Abänderbarkeit bzw. Unabänderbarkeit.

Die negative Bindungswirkung des im Verwaltungsprozeß ergangenen Urteils besteht in seiner "formellen Unabänderbarkeit" [113]: Das erkennende Gericht kann seine eigene Entscheidung nicht mehr abändern. Ausnahmen bildet hier in seltenen Fällen zum Beispiel die verwaltungsprozessuale Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 167 VwGO, 767 ZPO [114].

Demgegenüber kann sich die Verwaltungsbehörde ihrer Bindung durch - sofern zulässig - förmliche Änderung des ursprünglichen Aktes entziehen [115]. Verwaltungsmaßnahmen sind in erheblich größerem Maße als gerichtliche Entscheidungen abänderbar. Dies kommt deutlich in der Definition der Bestandskraft des Verwaltungsaktes (§ 43 Abs. 2 VwVfG)[116] zum Ausdruck [117].

Diese unterschiedliche Bindungswirkung begründet sich aus dem Wesen des jeweiligen Abschlußaktes. Im Verwaltungsgerichtsverfahren gilt das "status-quo-Moment" [118]. Der Richterspruch ist ausschließlich der Gegenwart verhaftet; weder Vergangenheit noch Zukunft haben für ihn Bedeutung. Im Gegensatz dazu haben Verwaltungsmaßnahmen in der Regel keine abgeschlossenen Sachverhalte zum Gegenstand; vielmehr wirken sie auf die Zukunft, indem sie soziale und

---

112) v. Mutius S. 125 ff.

113) Wolff-Bachof I § 52 I a 1

114) vgl. die gegensätzlichen Entscheidungen:
OVG Lüneburg Urt. v. 16. Juni 1970, DÖV 1970, 717;
OVG Münster Urt. v. 30. Juni 1970, DÖV 1970, 718;
Bettermann, Festschrift für Hans J. Wolff, S. 475

115) Wolff-Bachof I § 52 I b

116) er lautet: "Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist."

117) vgl. Meyer/Borgs § 43 Rdnr. 18-21

118) Forsthoff, Lehrbuch S. 6

damit oft anpassungsbedürftige Verhältnisse regeln [119].
Für den Gegenstand der vorliegenden Teiluntersuchung, das Verhältnis von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, bedeutet der Unterschied in der Abänderungsfähigkeit von gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Entscheidung trotz seiner materiellen oder funktionellen Bedeutung kein hinreichendes Unterscheidungskriterium. Dieses Merkmal beschreibt lediglich die Abschlußakte beider Verfahren in den Auswirkungen, stellt aber ein Kennzeichen für die Zuordnung der Beanstandung zur Behördentätigkeit oder zum Verwaltungsgerichtsverfahren nicht dar.
Materielle bzw. funktionelle Begriffsbestimmungen vermögen damit keine Abgrenzungen zu leisten, sofern dabei auf Inhalt, Zweck und Wirkung der Beanstandungstätigkeit selbst nicht abgestellt wird.
Freilich bedarf das Beanstandungsverfahren noch der Bestimmung seiner Rechtsnatur.

---

119) Wolff-Bachof I § 52 I c

§ 4 Beanstandung als Mittel zur Kontrolle exekutorischer (gemeindlicher) Rechtmäßigkeit

Der Zwischenbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform in der 5. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages [1] unterscheidet in seiner Bestandsaufnahme folgende drei Kontrollkategorien: die verwaltungsinterne, die gerichtliche und die politische Kontrolle [2].
Die Gemeindeordnungen regeln das Rechtsinstitut der kommunalaufsichtlichen Beanstandung jeweils in dem Abschnitt, der mit (Staats-, Rechts-, Kommunal-)Aufsicht überschrieben ist [3].
Zweiter Beratungsgegenstand der 35. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer war 1975 u.a. die Verwaltungsverantwortung [4].
Wenn das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz [5] die Beanstandung dahingehend kennzeichnet, daß sie "eine gewisse Ähnlichkeit mit einem verwaltungsgerichtlichen Urteil" aufweise, so äußert sich darin weitgehend Unsicherheit über die Einordnung der Beanstandung in das System rechtsstaatlicher Legalitätskontrolle.
Es erscheint daher notwendig, dieses Rechtsinstitut auf seine Stellung im Begriffsdreieck Kontrolle, Aufsicht und Verwaltungsverantwortung hin zu untersuchen [6].

I. Begriffsbestimmungen

Auszugehen ist dabei von einer Bestimmung dieser Begriffe

---

1) dazu ausführlich: Sandtner DVBl 1973, 774 mit umfangreichen Literaturnachweisen

2) dazu: Schwarze DVBl 1974, 893

3) vor Art. 108 GOBay; vor §§ 118 GOBaWü, 64 VerfBrhv, 135 GOHess, 127 GONds, 106 GONW, 117 GORhPf, 123 GOSaar, 120 GOSchHol

4) dazu: Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 145, sowie zum selben Thema: Schmidt-Aßmann VVDStRL 34, 221; vgl. die Aussprache zu beiden Referaten: VVDStRL 34, 275 -333

5) Urt. v. 1. Juli 1974 (Az 7 A 16/72)

6) insbesondere Fuchs S. 9 und 13 weist auf die Begriffsverwirrung zwischen Kontrolle und Aufsicht hin

nach allgemeinem Sprachgebrauch und rechtskategorialer Einordnung.

1. Kontrolle

Die deutsche Sprache vermengt die Begriffe Kontrolle und Aufsicht. Kontrolle wird gleichgesetzt mit Aufsicht. Überwachung, Gegenprobe und (Über-)Prüfung [7]. Diese Vermischung wird auch nicht überwunden, wenn man berücksichtigt, daß Kontrolle dem französischen "controle" entlehnt ist, das aus "contre" und "role" zusammengesetzt ist und soviel wie Gegenrolle, Gegenregister zur Überprüfung des Originals bedeutet. Zwar liegt hierin das Moment der Ersetzung bei Verlust der originären Urkunde und somit die bloße Ermöglichung der Überprüfung in diesem Falle. Aber heute verwendet die französische Sprache für "controle" mit dem Synonym "surveillance" ebenfalls den Begriff Überwachung [8].

Die zumindest sprachhistorische Modifizierung des französischen "controle" ist dem englischen "control" fremd. Vielmehr beinhaltet dieser Ausdruck über die Nachprüfung hinaus das Element direkten Eingriffs [9].

Die Rechtskategorie der Kontrolle setzt zunächst ein Verhältnis voraus, an dem zwei Subjekte beteiligt sind: das Kontrollorgan und der Kontrollunterworfene [10]. Die externe Kontrolle unterscheidet sich von der internen dadurch, daß im ersten Fall Organisationstrennung, im

---

7) Der Große Duden, Band 7, Ethymologie, Mannheim 1963, S. 358 lk. Sps.; Lutz Mackensen, Deutsches Wörterbuch, 5. Aufl., München 1967. S. 528 r. Sp.; Ullstein, Lexikon der deutschen Sprache. Herausgegeben von Rudolf Köster, Frankfurt u.a. 1969, S. 520 lk. und mittl. Sp.

8) Dicitionnaire Quillet De La Langue Francaise, Paris 1975, A-C (ohne Seitenzahl); Französisch Deutsches Wörterbuch, überarbeitet von Pierre Bertaux, Paris 1966, S. 287 r. Sp.

9) The Shorter Oxford English Dictionary, Volume I, Oxford 1973, S. 416 mittl. Sp: control = The fact of controlling, or of checking or directing action (to check = kontrollieren, überprüfen, nachprüfen; to direct = richten, lenken, steuern, führen, anordnen)

10) Brunner S. 74; Ossenbühl AöR 99 (1974), 369 (409)

zweiten Fall Organisationseinheit im Sinne eines hierarchischen Zuordnungsverhältnisses der Kontrollsubjekte besteht [11]. In dieser Differenzierung liegt ein erster Ansatzpunkt, die Beanstandung als Kontrollmittel zu bezeichnen.

Das organisatorische Verhältnis von Staat und Gemeinde wird unterschiedlich beurteilt. Die Tendenz der überwiegenden Meinung zielt auf die Einbindung der Kommunalkörperschaften in die Staatsorganisation [12]. Diese Einbindung ist jedoch keine organisatorische Einverleibung; vielmehr muß der Begriff der "mittelbaren Staatsverwaltung" akzentuiert werden. Selbstverwaltung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG weist den Gemeinden einen materiellen Funktionsbereich unantastbarer Selbständigkeit zu. Der Kern der Selbstverwaltung besteht im staatsunabhängigen "Eigenleben" der Körperschaft [13]. Zwischen Staat und Gemeinde herrscht damit Organisationsscheidung, so daß die Beanstandung keinesfalls interne Rechtskontrolle sein kann.

Kontrolle verlangt weiter Entscheidungsfreiheit des Kontrollunterworfenen [14]. Diese Entscheidungsbefugnis hat zwei Aspekte. Der erste ist eng mit dem organisatorischen Verhältnis von Staat und Gemeinde verknüpft. Freie Beschlußfassung und Maßnahmenanordnung können nämlich nur außerhalb administrativer Hierarchie gedacht werden [15]

---

11) Brunner S. 75; Scheuner, Festschrift für Gebhard Müller S. 391; Forsthoff, Lehrbuch S. 478; Wilke DÖV 1975, 509 (514)

12) Köttgen HKWP I S. 217 ("institutionelle Synthese"); derselbe, Gemeinde S. 15; Forsthoff, Lehrbuch S. 478 m.w.N. in Fußn. 2; Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (157); Pagenkopf, Kommunalrecht S. 371; Stern, in: Bonner Kommentar Art. 28 Rdnr. 83 ff.; Wolff-Bachof II § 84 IV b; a.A.: Gönnenwein, Gemeinderecht S. 63 f.; Jesch DÖV 1960, 739 (742 ff.); Schmidt-Aßmann, Städebaurecht S. 9

13) so Forsthoff a.a.O.; vgl. Wolff-Bachof a.a.O., die in den Selbstverwaltungsträgern "(freie) Glieder der staatlichen Organisation" sehen; ähnlich Jesch a.a.O.: heute sei die Einfügung der Gemeinden ("verlängerter Arm der Staatsbehörden") in den staatlichen Instanzenzug beseitigt

14) Scheuner, Festschrift für Gebhard Müller S. 391; Ellwein-Görlitz S. 265

15) Wilke DÖV 1975, 509 (514)

und setzen prinzipiell die Zuordnung eigener Aufgabenbereiche voraus [16], wie dies durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschieht. Der zweite Aspekt der für den Rechtsbegriff der Kontrolle maßgeblichen Entscheidungsfreiheit besteht darin, daß die Kontrollmaßnahme nicht wie ein Akt des Kontrollunterworfenen wirken kann, also keine transitorischen Elemente beinhaltet [17]. Die Kontrollmaßnahme erzeugt keine Rechtswirkungen außerhalb des Kontrollverhältnisses.

In zeitlicher Hinsicht erstreckt sich die Kontrolle nicht nur auf abgeschlossene, in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, sondern umfaßt auch die mitlaufende Einflußnahme auf gegenwärtiges fremdes Handeln [18]. Diese Vorverlagerung von Kontrollmöglichkeiten verhindert, daß Kontrollmaßnahmen wegen Irreversibilität des kontrollbedürftigen Vorganges ins Leere gehen [19].

Die Methode der Rechtskontrolle ist statisch [20] und deduktiv [21]. Das Kontrollorgan muß im Wege der Tatsachenfeststellung [22] einen Vorgang als "wirklich geschehen" erforschen und erkennen, diesen Vorgang unter den gesetzlichen Tatbestand subsumieren und anschließend die Fehlerfreiheit der angeordneten Rechtsfolge überprüfen.

---

16) Forsthoff, Lehrbuch S. 478: Aufsicht beziehe sich auf fremde Angelegenheiten; Kewenig DÖV 1973, 23 (25)

17) zum Begriff der Transotorität: Wolff-Bachof II § 72 I c 4; wesentliches Merkmal der Ersatzvornahme im Kommunalrecht ist deren transitorische Wirkung, d.h. der bei der Ersatzvornahme ergangene Akt wirkt für und gegen die Gemeinde (dazu: Schnapp Jur.Diss. S. 138 = Heft 2 S. 82); andererseits kann das Kontrollorgan die Entscheidung des Kontrollunterworfenen auch nicht an sich ziehen (Ellwein-Görlitz S. 265)

18) Schwarze DVBl 1974, 893 (894); Kewenig a.a.O.; Scheuner a.a.O. (390)

19) vgl. zu diesem Aspekt: BVerfG Beschl. v. 19. Juni 1973, NJW 1973, 1491 (1493): der Sinn des Verfarensgrundsatzes des Art. 19 IV GG bestehe auch darin, "Irreparable Entscheidungen ... soweit als möglich auszuschließen".

20) Brunner S. 77

21) Fuchs S. 12

22) dazu: Larenz, Methodenlehre S. 238 ff.

2. Aufsicht

Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter "Aufsicht" Überwachung, Kontrolle und Beaufsichtigung [23]. Allerdings deutet das Synonym "Sicht von oben" auf ein für die Aufsicht typisches Über- und Unterordnungsverhältnis hin. Nach TRIEPEL [24] setzt die "Oberaufsicht" das formale Recht des Beaufsichtigten zur Selbständigkeit voraus; Oberaufsicht stelle die Beaufsichtigung der öffentlichrechtlichen Persönlichkeiten dar, deren Recht als Selbstverwaltung bezeichnet werde.
Demgegenüber bedeutet nach FUCHS [25] Aufsicht entweder Leitungsfunktion im internen Behördenbetrieb oder Leitungsfunktion einer vorgeordneten Dienststelle.
Dieser Definition folgt die herrschende Meinung. Aufsicht spielt sich ab innerhalb administrativer Hierarchie [26] und behinhaltet ein Element der Über- und Unterordnung [27]. Das Aufsichtsorgan trägt die Verantwortung für Tun, Dulden und Unterlassen des Untergebenen und kann dessen Entscheidung an sich ziehen [28].
Im Gegensatz zur Kontrolle, die sich auf abgeschlossene und gegenwärtige Sachverhalte erstreckt, geht es bei der Aufsicht nicht um die Vergangenheit. Die Aufsicht zielt vielmehr auf Gegenwart und Zukunft [29].

3. Verantwortung

Verantwortung kennzeichnet im Sprachgebrauch die Pflicht,

---

23) Mackensen a.a.O. S. 77 mittl. Sp.; Ullstein a.a.O. S. 82 mittl. Sp.

24) S. 115

25) S. 13

26) Hans J. Wolff, Staatsorganisation, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 2518 (2522); Wolff-Bachof II § 77 II a; Wilke DÖV 1975, 509 (514); a.A.: Forsthoff, Lehrbuch S. 478 f.: Aufsicht beziehe sich auf fremde Angelegenheiten, Leitung erfolge in eigener Sache; Aufsicht geschehe außerhalb von Abhängigkeitsverhältnissen

27) Scheuner, Festschrift für Gebhard Müller S. 379 (390)

28) Ellwein-Görlitz S. 265

29) Stein S. 18

Folgen zu tragen bzw. für etwas einzustehen [30].
In der Rechtsprache stellen Verantwortung und Kontrolle eng zusammenhängende, korrespondierende Begriffe dar [31]. Wie beim Kontrollverhältnis sind auch am Verantwortungsverhältnis zwei Parteien beteiligt: der Verantwortungsträger und der Verantwortungsadressat [32].
Auf der Seite des Verantwortungsträgers begründet die Zuweisung von Zuständigkeit "eine eindeutige Verantwortung" [33]. Diese kompetenzielle Verantwortung setzt also Unabhängigkeit und Entscheidungsmacht voraus [34]; Verantwortung und Aufsicht innerhalb administrativer Hierarchie schließen sich aus. Verwaltungsverantwortung folgt aus der Stellung der Exekutive als zweite Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), im Teilbereich der Kommunalverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG [35].
Der Verantwortungsträger muß für unzulängliche Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben einstehen, insbesondere für gleichmäßigen und rechtmäßigen Gesetzesvollzug [36].
Auf der Seite des Verantwortungsadressaten muß dessen Fähigkeit bestehen, die Verantwortung geltend zu machen [37]. Zur Durchsetzung der Verantwortlichkeit stellt die Rechtsordnung Sanktionen bereit. Diese Zwangsmittel gestatten es, die Rechenschaftspflicht des Veranwortungsträgers zu realisieren [38].

---

30) Mackensen a.a.O. S. 957 lk. Sp.; Ullstein a.a.O. S. 929 lk. Sp.

31) Ossenbühl AöR 99 (1974), 369 (408); Scheuner a.a.O. passim; Wilke a.a.O.

32) zu dieser Terminologie: Wilke a.a.O. (513)

33) Wolff-Bachof II § 72 I a 2

34) Wilke a.a.O. (511); Ossenbühl a.a.O. (411); Scheuner a.a.O. (391); Ellwein-Görlitz S. 267

35) Schmidt-Aßmann VVDStRL 34, 221 (229); Wilke a.a.O. (510); Scheuner a.a.O. (379); dazu: Stern, in: Bonner Kommentar Art. 28 Rdnr. 94 ff.

36) Scheuner a.a.O. (385 f.); Wilke a.a.O. (512); Schmidt-Aßmann a.a.O. (232)

37) Ossenbühl a.a.O. (409)

38) Ellwein-Görlitz S. 266; Wilke a.a.O. (513); Scheuner a.a.O. (392)

Verwaltungsverantwortung trägt der Verantwortungspflichtige in seinem Entscheidungsprozeß sowohl bei der Entscheidungsfindung als auch im formalisierten Verfahrensabschluß; beide Phasen bilden allerdings eine der Verantwortlichkeitsrealisierung unterliegende Einheit [39]. Da sich die Einstandspflicht des Verantwortungsträgers auf die ihm zur selbständigen Entscheidung übertragenen Aufgaben beschränkt, kann ihn der Verantwortungsadressat auch nur in diesem Bereich für eigenes zurechenbares Tun, Dulden und Unterlassen [40] zur Rechenschaft ziehen. Freilich darf diese Verantwortlichkeit permanent geltend gemacht werden.

II. Beanstandung als Kontrollinstrument der Kommunalaufsichtsbehörde

Die Einordnung des kommunalaufsichtlichen Rechtsinstituts der Beanstandung in das Begriffsdreieck Kontrolle-Aufsicht-Verantwortung zeigt zunächst, daß die von den Gemeindeordnungen verwendete Bezeichnung "Aufsicht" rechtskategorial wie terminologisch nicht zutrifft. Denn da zwischen Staat und Gemeinde Organisationsscheidung besteht und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Kommunen einen materiellen Funktionsbereich unantastbarer Selbständigkeit zuweist, fehlt das die Aufsicht kennzeichnende Element administrativer Hierarchie. Vielmehr stehen die Gemeinden außerhalb des Instanzenzuges der unmittelbaren Staatsbehörden [41]. Die Beanstandung ist daher - terminologisch richtig - ein Instrument kommunalaufsichtlicher Kontrolle [42].

Die Stellung der Gemeinden als Verantwortungsträger folgt sowohl aus der normativen Festsetzung des Verfassungsrechts in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ("in eigener Verantwortung") als auch aus den Vorschriften der Gemeindeord-

---

39) Scholz VVDStRL 34, 145 (149)

40) Wolff-Bachof II § 73 II c 2

41) Forsthoff, Lehrbuch S. 478

42) Wenn gleichwohl im folgenden die Terminologie "Aufsicht" verwendet wird, geschieht dies in Anlehnung an den gesetzlichen Sprachgebrauch, dessen sich auch Rechtsprechung und Schrifttum bedienen.

nungen selbst. Danach sind nämlich die Gemeinden "eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung" [43], die ihre Angelegenheiten "in eigener Verantwortung verwalten" [44]. Die Kommunalaufsichtsbehörden sollen die "Selbstverantwortung der Gemeinden stärken" [45], mit ihren Mitteln aber nicht die Verantwortungsfreudigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften einschränken [46].
Im Hinblick auf die Beanstandung erschöpft sich die Verwaltungsverantwortung der Gemeinden in der Einstandpflicht für die Rechtmäßigkeit ihrer Beschlüsse und Anordnungen. Dies ergibt sich allgemein aus Art. 20 Abs. 3 GG und speziell aus dem Gemeinderecht, das die Beanstandung von Rechts- und Gesetzwidrigkeiten abhängig macht [47].
Die Beanstandung übt im Bereich der Exekutive Rechtskontrolle aus, unterscheidet sich aber von den Verwaltungsgerichten in doppelter Hinsicht. Zum einen gewährt sie keinen individuellen Rechtsschutz [48]. Zum anderen bedarf sie nicht des Anstosses durch Dritte, sondern stellt "selbstinitiative Selbstkontrolle der Verwaltung" dar [49].
Die Beanstandung dient als Instrument der Rechtskontrolle zur Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsverantwortung und ist insoweit gesetzliches Sanktionsmittel [50].
Die Rechtsaufsichtsbehörden tragen gegenüber den Gemeinden keine Verantwortung für die Ausübung der Aufsicht mittels Beanstandungen [51]; hierzu fehlt eine entsprechende Kontrollmöglichkeit [52].

---

43) §§ 2 Satz 1 GOHess, 2 GONW

44) §§ 2 Abs. 1 GOBaWü, 2 VerfBrh, 1 Abs. 1 Satz 2 GONds, 1 Abs. 2 GORhPf, 1 Abs. 1 Satz 2 GOSaar, 2 Abs. 1 GOSchHol

45) Art 108 GOBay; §§ 118 Abs. 3 GOBaWü, 135 Satz 2 GOHess, 127 Abs. 1 Satz 3 GONds, 117 Satz 2 GORhPf, 123 Abs. 1 Satz 2 GOSaar

46) dazu: Wilke DÖV 1975, 509 (510); Scheuner, Festschrift für Gebhard Müller S. 379; Schmidt-Aßmann VVDStRL 34, 221 (229)

47) das Tatbestandsmerkmal "contra legem" beinhalten sämtliche Beanstandungsvorschriften: Art 112 Satz 1 GOBay; §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 66 VerfBrh, 138 GOHess, 130 Satz 1 GONds, 108 Abs. 2 Satz 1 GONW, 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol

48) Diesen bieten nur die Verwaltungsgerichte. Das früher vorherrschende Element der Rechtskontrolle in der ausführenden Verwaltung ist dabei völlig zurückgetreten; dazu: Menger DÖV 1969, 153 (154); derselbe, Grundrechte S. 717 (728 f.); Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 4 ff.; Scheuner, Festschrift für Gebhard Müller S. 379 (382); a.A.: Niese JZ 1952, 353 (356); ob die Staatsaufsicht dort eine Rechtsschutzfunktion übernimmt, wo gleichzeitig sie Widerspruchsbehörde gem. §§ 68 ff. VwGO ist (so Scholz VVDStRL 34, 145, 212, Fußn. 262), bedarf gesonderter Untersuchung.

49) Hans J. Wolff III § 161 III; Wilke DÖV 1975, 509 (514); dagegen findet im Widerspruchsverfahren "fremdinitiative Selbstkontrolle der Verwaltung" statt (v. Mutius S. 125 ff.)

50) so auch Wilke a.a.O. (513)

51) Zuhorn-Hoppe S. 308

52) aus mangelnder Aufsichtstätigkeit kann sich aber ein Amtshaftungsanspruch der Gemeinde ergeben; dazu: Wolff-Bachof II § 77 II j 3; Hans J. Wolff III § 161 II b

§ 5 Bedeutung des veränderten Selbstverwaltungsverständnisses für die Beanstandung

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Die als Elemente in der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie enthaltenen Begriffe Universalität und Eigenverantwortlichkeit stammen aus der liberalen Epoche des 19. Jahrhunderts. In Art. XI § 184 b) des Abschnittes VI. der Frankfurter Reichsverfassung [1] fanden sie ihren ersten Niederschlag. Kernziel der liberalen Idee war die Zurückdrängung des Staates aus möglichst vielen Bereichen. So wurden die Verwaltungsaufgaben in örtliche und überörtliche Angelegenheiten zerlegt, wobei jeder Bereich vom anderen völlig getrennt erschien [2].

Dieser "statische" Begriff der Selbstverwaltung wird im Schrifttum zunehmend angegriffen [3]. Auch die Rechtsprechung [4] ändert ihr Selbstverwaltungsverständnis und erkennt im Sinne wechselseitiger Verpflichtungen innere Beziehungen zwischen kommunaler und staatlicher Verwaltung an.

"Veränderungen im Verhältnis zwischen Staat und Gemeinden wirken sich auf die Funktion der Kommunalaufsicht sowie deren Umfang und Mittel aus" [5]. Ausgehend von dieser

---

1) "Jede Gemeinde hat als Grundrechte ihrer Verfassung: ...
b) die selbständige Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten mit Einschluß der Ortspolizei, unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates."

2) Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 129 f.

3) Schmidt-Aßmann a.a.O.; Scheuner AfK 1973, 1; Pappermann JuS 1973, 689; Abreß Eildienst LKT NW 1973, 241; Roters, Kommunale Mitwirkung S. 11-31; v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 30-53; Roters DVBl 1976, 359; v. Unruh, Festschrift für Scupin, S. 416; derselbe DVBl 1975, 1; Borchert S. 3-23; Fingerhut S. 19 ff.

4) BVerfG Beschl. v. 24. Juni 1969, BVerfGE 26, 228; StGH Baden-Württemberg, Urt. Febr. 1975, NJW 1975, 1205

5) Borchert S. 20

These, die gerade im Hinblick auf die reaktionären Tendenzen der revidierten Preußischen Städteordnung von 1831 verifizierbar scheint, soll untersucht werden, ob erstens das Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung in jüngerer Zeit Änderungen unterworfen ist, und zweitens, ob - und gegebenenfalls - welchen Einfluß diese Veränderungen auf die kommunalaufsichtliche Beanstandung nehmen.

I. Selbstverwaltungsbegriff und Verhältnis Staat-Gemeinde

Das Verständnis des Selbstverwaltungsbegriffes hängt wesentlich vom Verhältnis der kommunalen Gebietskörperschaften zum Staat ab. PAGENKOPF formuliert dieses Moment so: "Das charakteristische Merkmal der Selbstverwaltung im juristischen Sinne ist der Gegensatz zum Verwaltetwerden, d.h. die Unabhängigkeit der handelnden Organe gegenüber dem Staat. ... Daraus ergibt sich, daß Selbstverwaltung grundsätzlich nur da gegeben ist, wo eigene Aufgaben vorhanden sind und erledigt werden, weil im anderen Falle Fremdverwaltung vorliegt." [6]

Diese Auffassung geht vom "Entweder-oder-Prinzip" aus: Selbstverwaltung kann im juristischen Sinne nur da ausgeübt werden, wo eigene, ausschließlich der kommunalen Körperschaft zugeschriebene Aufgaben bewältigt werden. In allen anderen Fällen scheidet Selbstverwaltung begrifflich aus. Die Rigorosität dieser strengen Scheidung zwischen Aufgaben der Selbstverwaltung und solchen der Staatsverwaltung knüpft - historisch betrachtet - an den Aufklärungsliberalismus an. Die Frankfurter Reichsversammlung von 1848/49 sah im Verhältnis der Gemeinde zum Staat eine Parallele zu den Beziehungen zwischen Individuum und Staat [7]. Damit galten Gemeinderechtskorporation und Staat als gundsätzlich separiert [8].

---

6) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 44

7) Ramin S. 94; Roters DVBl 1976, 359 (360); Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (154 f.)

8) Köttgen, Gemeinde S. 15

II. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und das Verhältnis Staat-Gemeinde

Unter dem Blickwinkel des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG herrscht Streit über das Verhältnis von Kommune und Staat.
KÖTTGEN [9] bezeichnet die Kommunalverwaltung als "mittelbare Staatsverwaltung"; die Gemeinden erschienen zusammen mit Bund und Ländern "als Teile eines gegliederten Ganzen"; an die Stelle "grundrechtlicher Separierung" im 19. Jahrhundert sei zwischen Staat und Gemeinde eine "institutionelle Synthese" getreten.
FORSTHOFF [10] ordnet die Selbstverwaltung ebenfalls dem "Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung" zu, akzentuiert diese Begriffsbildung aber, indem er den Kern der Selbstverwaltung im Eigenleben der Körperschaft sieht, während der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung auf die Abhängigkeit vom Staat hinweise. FORSTHOFF differenziert weiterhin, unter Selbstverwaltung werde der "materielle Funktionbereich" verstanden, während der Begriff mittelbare Staatsverwaltung einen originär staatsunabhängigen Wirkungsbereich der Gemeinden ablehne.
Demgegenüber verlangt PAGENKOPF [11] für die Selbstverwaltungskörperschaften einen "eigenen, rechtlich verselbständigten Wirkungskreis"; andernfalls wäre die Kommunalaufsicht Eigentätigkeit des Staates.
STERN [12] bezeichnet die Gemeinden als "Einheiten des organisatorischen Staatsaufbaus"; sie seien "in vollem Umfang in den Saat eingegliedert, ohne mit ihm identisch zu sein"; die kommunale Kompetenz werde dadurch bestimmt, daß es sich um solche Angelegenheiten handeln müsse, "die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben".
Nach WOLFF-BACHOF [13] hat der Staat die gesamte öffentliche Verwaltung im funktionellen Sinn monopolisiert;

---

9) HKWP I S. 217; derselbe, Gemeinde a.a.O.; Hans H. Klein a.a.O. (157); ablehnend: Schmidt-Aßmann a.a.O. (9)

10) Lehrbuch S. 478 m.w.N. in Fußn. 2

11) Kommunalrecht S. 371

12) Bonner Kommentar Art. 28 Rdnr. 83 ff.

13) II § 84 IV b

die Selbstverwaltungsträger seien staatlicher Aufsicht unterstehende "(freie) Glieder der staatlichen Organisation". Indem WOLFF-BACHOF der Selbstverwaltung im juristischen Sinn den Zweck vertikaler Teilung der Staatsgewalt beigeben, gleichzeitig aber "eigene Angelegenheiten (einen eigenen Wirkungskreis)" für die rechtliche Selbstverwaltung voraussetzen, deuten sie auf eine strikte Trennung gemeindlicher und staatlicher Aufgaben hin.
GÜNNEWEIN [14] wendet sich gegen die Ansicht, Aufgaben der öffentlichen Gemeinschaft könnten ebensogut auch vom Staat erledigt werden; das Grundgesetz unterscheide die Selbstverwaltung deutlich von der staatlichen Verwaltung; gemeindliche Aufgaben ständen "ebenbürtig" neben den Aufgaben der staatlichen Gemeinschaft"; der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung könne mit dem unantastbaren Aufgabenkreis der Kommunen nicht in Einklang gebracht werden.
Nach JESCH [15] ist die Gemeinde bei mittelbarer Staatsverwaltung als "verlängerter Arm der Staatsbehörden" zu bezeichnen; heute sei diese Einfügung in den staatlichen Instanzenzug beseitigt; die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung bezeichne ein "Bündel subjektiver Rechte" der Gemeinden, insbesondere das Recht auf selbstverwantwortliche Erledigung eines "Kernbereiches" örtlicher Aufgaben.
Das organisatorische Verhältnis von Gemeindebehörde und Staatsbehörde wird unterschiedlich beurteilt. Die Auffassung von der Einbindung der Kommunalkörperschaften überwiegt dabei mehr (KÖTTGEN: "intitutionelle Synthese") oder weniger (WOLFF-BACHOF: "freie Glieder"). Der Zweck der vorliegenden Untersuchung erfordert keine fundierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien. Sämtliche Autoren gehen nämlich übereinstimmend von der gleichen Interpretation des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG aus: "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" scheiden sich rigoros von den staatlichen Aufgaben. Diese Auffassung fußt auf der Idee der inneren Geschlossenheit und äußeren Abgrenzbarkeit der "Angelegenheiten der örtlichen

---

14) Gemeinderecht S. 63 f.
15) DÖV 1960, 739 (742 ff.)

Gemeinschaft", der selbst das Bild idealer Abgeschlossenheit beigelegt wird [16]. Die Wurzeln dieses Gemeindeverständnisses liegen in dem isolierten Autarkiedenken [17]. Zweifel an solcher strikten Trennungsauffassung klingen lediglich an bei WOLFF-BACHOF [18], die "öffentliche Bedürfnisse" anerkennen, "für deren Befriedigung Staat und Selbstverwaltung gemeinsam verantwortlich sind".

III. Verflechtungen zwischen Staat und Gemeinden

In neuerer Zeit [19] mehren sich zunehmend Zweifel an der überlieferten Verfassungsauslegung des Begriffes "alle Angelegenheiten der örtlichen Gmeinschaft" in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Auf der Suche nach einer "Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung" [20] geht man von einer kooperativ gegliederten Demokratie aus" [21]. Gegen die die Gemeindeangelegenheiten und Staatsaufgaben strikt trennende "statische" Gemeindeauffassung wird vor allem eingewandt, ihr gelänge es nicht, örtliche und überörtliche Belange rechtsdogmatisch zu erfassen [22]. Helfen könne hier nur ein dynamisches [23] oder funktionales [24] Selbstverwaltungsverständnis, das auch die sich erweiternde "Zwischenzone" [25] oder "Osmose" [26], d.h. die "Ver-

---

16) Scheuner AfK 1973, 1 (2)

17) Roters, Mitwirkung S. 11

18) II § 84 IV b

19) seit etwa 1970; vgl. Literatur- und Rechtsprechungsnachweise oben Fußn. Art 28 Rdnr. 30

20) StGH BaWü Urt. v. 14. Febr. 1975, NJW 1975, 1205 (1208 ff.); v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 30

21) v. Unruh DVBl 1975, 1 (2); Roters a.a.O. Rdnr. 33

22) Pappermann JuS 1973, 689 (691)

23) Pappermann a.a.O.

24) Roters a.a.O. Rdnr. 53 m.w.N.; derselbe DVBl 1976, 359 (363); Scheuner AfK 1974, 1 (11); StGH BaWü a.a.O. (1209)

25) Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 131

26) v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 53

flechtungen" [27] zwischen diesen örtlichen und überörtlichen Belangen strukturiere.
Die als "Verflechtung" bezeichnete Verzahnung des örtlichen Aufgabenkreises mit dem überörtlichen korregiert das Verständnis von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG durch Zerlegung in einen vertikalen und einen horizontalen Komplex. Der horizontale Aspekt stützt sich dabei auf die gleichermaßen wirtschaftliche Abhängigkeit der Gemeinden, die zu faktischen Abhängigkeiten untereinander führt [28]. Besonders die Bauleitplanung verlangt nach Überwindung der statischen Kompetenzscheidung "örtliche" Angelegenheiten, wenn - wie im "Krabbenkamp"-Fall des Bundesverwaltungsgerichts [29] - das zwischengemeindliche Übergreifen auf den fremden Planungshoheitsträger nicht zu verkennen ist [30]. Horizontale Verflechtungen berühren jedoch nicht das Kommunalaufsichtsverhältnis Staat-Gemeinde, da nur zwischengemeindliche Beziehungen betroffen werden.
Vertikale Verflechtungen strukturieren die Kompetensabgrenzung der staatlichen Aufgaben von den kommunalen neu, indem sie eine "Zwischenzone" schaffen. Hier setzt daher die Untersuchung nach möglichen Konsequenzen für das Rechtsinstitut der Beanstandung ein.

IV. Systematisierung der vertikalen Verflechtungen von Staat und Gemeinden

ROTERS [31] fällt das Verdienst zu, das vertikale Über-

---

27) Pappermann a.a.O. (690); Abreß Eildienst LKT NW 1973 241 /242); Scheuner a.a.O. (12); v. Unruh, Festschrift für Scupin, S. 391 (416); Roters a.a.O. (Rdnr. 44 ff.); derselbe, Mitwirkung S. 15 ff.; derselbe DVBl 1976, 359 (362); BVerfG Beschl. v. 24. Juni 1969, BVerfGE 26, 228 (239); StGH BaWü a.a.O. (1208)

28) Abreß a.a.O.

29) Urt. v. 8. Sept. 1972, BVerwGE 40, 323; dazu: Hoppe, Festschrift für Hans J. Wolff S. 307; Pappermann a.a.O.; Fingerhut passim

30) v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 45; Pappermann a.a.O.

31) Mitwirkung S. 17-27

greifen staatlicher und örtlicher Aufgaben grundlegend systematisiert zu haben.
In vier großen Bereichen bedarf danach der Begriff "örtliche" Angelegenheiten im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG einer Korrektur.

1. Raumplanung

Das Ziel der verschiedenen Raumordnungs- und Landesplanungsverfahren (§ 5 Abs. 2, Abs. 2 BBauG; § 4 Abs. 5 BROG in Verbindung mit den jeweiligen Landesvorschriften) besteht in einer "raumstrukturellen Gesamtentwicklung " [32] durch Koordination sämtlicher Einzeldaten mit räumlicher Auswirkung. Dazu werden den anpassungspflichtigen Gemeinden [33] nicht nur Anhörungsrechte, sondern aktive Mitgestaltungsrechte eingeräumt [34]. Insbesondere trägt § 5 Abs. 2 BROG einer Verflechtung bzw. Verzahnung örtlicher und staatlicher Interessen dadurch Rechnung, daß er die verbindliche Beteiligung der Kommunen an raumordnerischen Entscheidungsprozessen verfahrensmäßig absichert [35]. Damit stellen Raumordnung und Landesplanung einen Gegenstand gemeinsamer Verwaltung zwischen Staat und Kommunen dar [36].

2. Konjunkturlenkung

Seit 1967 sind alle Gemeinden unmittelbar in die staatliche Konjunkturpolitik einbezogen. §§ 16 und 23 StabG [37] schreiben den Gemeinden für deren Hauswirtschaft sowie Geldmittelbeschaffung durch Kredit die Wahrung der in § 1 Satz 2

---

32) Roters, Mitwirkung S. 20

33) OVG Lüneburg Urt. v. 4. Nov. 1970 DVBl 1971, 320

34) Fingerhut S. 18

35) Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 132 f.; Fingerhut S. 19; Wolff-Bachof I § 38 III e

36) so im Ergebnis: Roters a.a.O. (21); Schmidt-Aßmann a.a.O. S. 129 ff., 131 f., 151 f; Pappermann a.a.O.; Fingerhut S. 19;
Menger VerwArchiv Bd. 50 (1959), 395 ff. hat bereits früher für die Kooperation mehrerer Behörden im Verfahren nach dem BFStrG den Begriff "mehrstufige Verwaltungsakte" geprägt.

37) "Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft" v. 8. Juni 1967, BGBl. I S. 582

StabG definierten volkswirtschaftlichen Ziele vor. Über die Mindestreserve-Politik gemäß § 16 Bundesbankgesetz [38] besitzt die Bundesregierung ein indirektes Steuerungsmittel gegenüber dem gemeindlichen Finanz- und Haushaltsgebaren, da die Deutsche Bundesbank zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik verpflichtet ist (§ 12 Bundesbankgesetz). Dieses Eingriffsinstrumentarium verdient dabei lediglich sekundäres Interesse [39]. Im Vordergrund steht die Feststellung, daß Staat und Kommunen gemeinschaftlich Verantwortung für die Wahrung der großen volkswirtschaftlichen Ziele des § 1 Satz 2 StabG tragen. Gemeindliche Universalität und Allzuständigkeit erscheinen illusorisch, wenn die finanziellen Mittel zur Erledigung der "örtlichen" Aufgaben fehlen. Die Interdependenz von Staat und Gemeinden im Bereich der Konjunkturpolitik läßt die Scheidung örtlicher und überörterlicher Angelegenheiten besonders wirklichkeitsfremd erscheinen [40].

3. Kreis-Gemeinden-Verbund

Auch im Verhältnis zwischen Kreis und seinen Gemeinden wird der statische Selbstverwaltungsbegriff immer fragwürdiger. Die vertikalen Verflechtungen im Bereich der Daseinsvorsorge [41] durch gemeinsame Aufgabenerfüllung sowie wechselseitige Beratung haben PAPPERMANN [42] zu dem Resümee veranlaßt: "Der Kreis mit seinen kreisangehörigen Gemeinden kann als funktional einheitlicher, in der Organisation differenzierter Leistungs- und Verwaltungsverbund bestimmt werden, der im administrativen System der einheitlichen Verwaltung der kreisfreien Stadt gegenübersteht".

4. Finanzverbund

Ohne hinreichende Finanzkraft der Gemeinden erstarrt die

---

38) "Gesetz über die deutsche Bundesbank" v. 26. Juli 1957, BGBl III S. 7620-1

39) dazu ausführlich: Matzerath AfK 1972, 243 (251 ff.)

40) Roters a.a.O. S. 24 ff.

41) Roters a.a.O. S. 27 m.w.N.; ferner: Scheuner AfK 1973, 1 ff.

42) DÖV 1973, 505 (508); vgl. dazu: derselbe DÖV 1975, 181 ff.

Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zur Fiktion. In dieser nicht gerade neuen Erkenntnis wurde das Gemeindefinanzreformgesetz [43] verabschiedet, um das kommunale Einnahmesystem nachhaltig zu stärken. Doch schon nach einem Jahr war zu erkennen, "daß sich an der strukturell bedingten Finanznot der Kommunen nichts geändert hat" [44]. Bis zur "unabänderlich" [45] neuerlichen Reform dieses Einnahmesystems bleiben Zweckzuschüsse Zauberwort und "Erfolgsmaßstab" [46] der Kommunalpolitik. Mögen staatliche Zweckzuwendungen Selbstverwaltungssubstanz tangieren, so können sie doch als Faktum nicht hinwegdiskutiert werden. Auch im Bereich des kommunalen Finanzierungssystems wird eine Verzahnung örtlicher und staatlicher Belange somit deutlich.

V. Neue Definition der gemeindlichen Selbstverwaltung

Die Anerkennung der vorbeschriebenen vertikalen Verflechtungen zwischen Staat und Kommunen zwingt zur notwendig neuen Definition der Bedeutung und Funktion gemeindlicher Selbstverwaltung. Erst dann lassen sich die Auswirkungen auf die kommunalaufsichtliche Beanstandung untersuchen. Dies ergibt sich methodisch aus der Qualifizierung der Kommunalaufsicht, die nicht als Element der Selbstverwaltung, sondern als ihr Korrelat angesehen wird [47].

1. Politisch-soziologische Funktion

In politisch-soziologischer Hinsicht fällt der Gemeinde die Aufgabe zu, gesellschaftliche Konflikte auf der untersten Entscheidungsebene institutionell zu lösen [48]

---

43) "Gesetz zur Neuordnung der Gemeindefinanzen" v. 8. Sept. 1969, BGBl I S. 1587

44) Krumsiek AfK 1971, 54 (63); vgl. dazu auch: Voigt, Die Verwaltung 1974, 335 ff.

45) Krumsiek a.a.O. (68)

46) Roters a.a.O. S. 23

47) BVerfG Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 (118)

48) Pappermann JuS 1973, 689 (691)

Die gegenüber Bund und Land größere und damit effektivere Bürgernähe befähigt die Gemeinde zur optimalen Gestaltung der menschlichen Lebenssphäre [49]. Weiter bestimmt der Gesichtspunkt bestmöglicher Erfüllbarkeit mit kommunalen Mitteln im lokalen Bereich die Funktion der Gemeinde [50].

2. Juristischer Begriff der Selbstverwaltung

Der juristische Begriff der Selbstverwaltung [51] wird zunächst durch die "Konstituierung dezentraler Zentren der Initiative und Entscheidung" [52] bestimmt.
Dieses Begriffsbündel ordnet zunächst einmal die Gemeinden in den Staatsaufbau ein. Einerseits werden die Kommunen weder in die Nähe mittelbarer Staatsverwaltung gerückt noch in die hierarchisch strukturierte Staatsorganisation integriert, da sie über selbständige polititsche Legitimation verfügen. Staatspolitisch besteht Gleichwertigkeit zwischen gemeindlicher und staatlicher Aufgabenerfüllung [53]. Andererseits drückt sich in der dezentralisierten Wirkung der Gemeinden ein föderatives Moment aus [54]. Selbstverwaltung bedeutet daher gegliederte Verwaltung.
Diese dezentralisierte Gliederung dient weiter der Indienstnahme lokaler Kräfte [55] und der Nutzbarmachung ihrer Innovationsfähigkeit [56]. Privatinitiative soll Vorrang gegenüber internen Verwaltungsvorlagen genießen, die stets in die Gefahr schneller Ideenerstarrung geraten.
Die Anerkennung kommunaler Entscheidungsbefugnisse basiert auf dem politisch-demokratischen Legitimationsge-

---

49) Pappermann a.a.O.

50) Borchert S. 14

51) zu Inhalt und Bedeutung allgemein: Wolff-Bachof II § 84 IV b

52) Scheuner AfK 1973, 1 (9); Pappermann a.a.O.

53) Abreß Eildienst LKT NW 1973, 241 (243)

54) Scheuner a.a.O.

55) Scheuner a.a.O.

56) Roters DVBl 1976, 359 (364); Pappermann a.a.O.

danken [57] der Bürgernähe [58].
Der juristische Begriff der Selbstverwaltung wird wesentlich dadurch geprägt, daß die in der Zwischenzone angesiedelten Aufgaben vertikaler Verflechtung von Staat und Kommune in einem Prozeß "hochdifferenzierter Arbeitsteilung" [59] erledigt werden. Gemeindliche und staatliche Tätigkeit komplementieren sich als Teilakte eines einzigen Arbeits- und Entscheidungsprozesses. Diese arbeitsteilige [60] und flexiblere [61] Form der Zusammenarbeit zwischen einzelnen Verwaltungs- und Planungsträgern versteht die gemeindliche Bewältigung der "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als "kommunale Teilleistung im Rahmen eines kooperativen Verbundes" [62], der einen "hohen Grad an interorganschaftlicher Kommunikation und Mitsprache" voraussetze [63].
Nach ROTERS [64] sind "Angelgenheiten der örtlichen Gemeinschaft" "die spezifisch örtliche Arbeitsleistung im System politisch-administrativer Entscheidungsprozesse der öffentlichen Verwaltung, sind der eigenständige Teilbetrag der kommunalen Verwaltungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben".

---

57) Roters a.a.O.

58) vgl. v. Unruh DVBl 1975, 1 (2); danach hat sich der Verfassungsgeber des Bonner GG "zur gegliederten Demokratie, zu einer Funtionsteilung des in gebietliche Einheiten gegliederten Volkes" entschieden; vgl. auch Borchert S. 16

59) Roters, Mitwirkung S. 30

60) Roters DVBl 1976, 359 (363)

61) Pappermann JuS 1973, 689 (691)

62) v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 48

63) Roters a.a.O. (Rdnr. 53)

64) Mitwirkung S. 30

IV. Konsequenzen für die Beanstandung

Nur in Ansätzen versucht das Schrifttum, für die Kommunalaufsicht notwendige Schlüsse aus dem neuen Verständnis des Selbstverwaltungsgedankens, insbesondere des Begriffes "örtliche" Angelegenheiten zu ziehen.
BORCHERT [65] glaubt, Veränderungen im Verhältnis Staat-Kommunalkörperschaft wirkten sich auf die Funktion der Kommunalaufsicht aus. SCHEUNER [66] spricht diesem Vorgang rechtliche Bedeutung für den "Umfang der Aufsichtsbefugnis" zu.
Indes bestehen Zweifel an der Verifizierbarkeit dieser Thesen.

1. Funktionsosmose und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Charakterisiert man Aufgaben, Interessen und Tätigkeit von Staat und Kommune im Bereich der vertikalen Verflechtungen mit dem Begriff "Osmose", so liegt der gedankliche Schritt zur Impermeabilität [67] nicht fern. Voraussetzung wäre jedoch, daß man - wie im Fall der kommunalaufsichtlichen Genehmigung - der staatlichen Tätigkeit in dieser Zwischenzone den Ausdruck echter materieller Beteiligung beimißt. Es würde sich dann - "um mit WERNER WEBER [68] zu reden - um "res mixtae" handeln, deren Entscheidung "paritätisch" [69] von Staat und

---

65) S. 20 (ohne nähere Begründung)

66) AfK 1973, 1 (11)

67) zur "Impermeabilitätslehre": Rupp (S. 19 ff.), der Laband (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. II, S. 181) zitiert: "Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten, die in keiner Richtung einem außerhalb derselben stehenden Subjekte Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, ihm nichts gewähren und nichts entziehen, ihm nichts gebieten und nichts verbieten, sind keine Rechtsvorschriften."

68) Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 19, S. 17 (24 f.)

69) diesen Ausdruck verwenden sowohl Werner Weber a.a.O. (S. 25) als auch v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 53

Kommune zu verantworten wäre. Würde man weiter die staatliche Tätigkeit in der Zone vertikaler Aufgabenverzahnung, wie den Genehmigungsvorbehalt mit der Mindermeinung [70] als kondominales Mitwirkungsrecht des Staates bezeichnen, so wäre es konsequent, aus diesem Zwischenbereich alle auf Rechtskontrolle beschränkten Kommunalaufsichtsmittel zu eliminieren [70a].
Auf die Rigorosität dieses Schrittes und seine Auswirkungen auf das Verfassungsverständnis des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG soll nur hingewiesen werden.
Der Begriff "Osmose" überzeichnet insoweit die Auffassung vom dynamischen bzw. funktionalen Selbstverwaltungsverständnis.

2. Konsequenzen für die Beschränkung auf die Rechtsaufsicht

Die Überpointierung der vertikalen Verflechtungserscheinungen klingt besonders deutlich bei "ROTERS" [71] an, der von einer ursprünglich antithetischen Position im 19. Jahrhundert ausgeht; der damalige örtliche Wirkungskreis erscheint ihm als "bürgerlicher Defensivraum".
Wenn die kommunale Ebene "als Funktion eines arbeitsteilig organisierten Leistungsstaates" [72] verstanden wird, scheint darin das entgegengesetzte Extrem des liberalen Selbstverwaltungsgedankens zum Ausdruck zu kommen. Denn

---

70) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 385 m.w.N. (Fußn. 56)

70a) Werner Weber a.a.O. (S. 24) wendet sich gegen diesen gedanklichen Schluß: "Wo der Verwaltungsverbund unausweichlich geworden ist, muß man ihn mit der Folge einer adäquaten Kooperation zwischen Kommunen und Staat und den daraus sich ergebenden Formen eines Kondominiums beider akzeptieren... Was in diesem Referat mit Hilfe einer differenzierenden Analyse als verfassungsrechtlich geforderte Respektszone der Rechtmäßigkeitskontrolle abgesteckt worden ist, berührt der Verwaltungsverbund nicht. Im Gegenteil macht die neue Lage in einem substantielleren Sinne, als man die Dinge früher sah, deutlich, daß die Rechtsaufsicht als Maxime der Kommunalaufsicht der Kern kommunaler Selbständigkeit bleibt."

71) DVBl 1976, 359 (360, 363)

72) Roters (vgl. oben Fußn. 69)

eine solche Definition führt weitgehend zur Einebnung der verfassungsmäßig garantierten Unterschiede zwischen Staat und Gemeinde. Im Ergebnis verbleibt den Kommunen ein erheblich verkleinerter Bereich, der lediglich rechtsaufsichtlich kontrollierbar ist, während in der vertikalen Zwischenzone andere, möglicherweise nicht nur auf Rechtsprüfung beschränkte Korrekturmittel dem Staat gegenüber den Gemeinden an die Hand gegeben werden.

3. Örtliche Angelegenheiten als Teil-Tätigkeit im vertikal-arbeitsteiligen Prozeß

Dieses Ergebnis scheitert bereits an der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Selbst wenn man den Begriff der "örtlichen Angelegenheiten" nicht mehr statisch-lokal, sondern dynamisch-funktional interpretiert, wird der Schutzgedanke der Selbstverwaltungsgewährung keineswegs berührt. Denn einerseits bleibt die Funktion im "hochdifferenzierten Arbeitsteilungsprozeß" weiterhin auf das Gebiet der Kommunalkörperschaft räumlich beschränkt. Zum anderen kommt gerade im Begriff des arbeitsteiligen Vorganges zum Ausdruck, daß hier die Gemeinde nur für sich selbst typische Teil-Tätigkeiten entfaltet.
Auch bei Anerkennung einer vertikalen Zwischenzone örtlicher und überörtlicher Aufgaben bleibt die kommunale Selbstverwaltung institutionell garantiertes Element im Staatsaufbau [73]. Das Kontrollsystem zwischen Aufsichtsbehörde und Selbstverwaltungskörperschaft findet uneingeschränkt Anwendung [74].

4. Extensive Auslegung der gemeindlichen Mitwirkungsbefugnisse und Erweiterung potentiell beanstandungsfähiger Tätigkeit

Es soll nicht verkannt werden, daß die Bejahung eines vertikalen Verzahnungsbereiches gegenüber den Gemeinden staat-

---

73) Abreß Eildienst LKT NW 1973, 241 (243)

74) v. Unruh, Festschrift für Scupin, S. 391 (418) will sogar prüfen, ob das "dialogische Prinzip" und das kybernetische System im Zusammenwirken zwischen den Organen der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften und ihren Aufsichtsbehörden anwendbar sind.

liche Einflußmöglichkeiten eröffnet, die das Maß bloßer Rechtskontrolle bei weitem überschreiten [75]. Besonders deutlich wird dies im Bereich der Konjunkturlenkung [76] und des Finanzverbundes [77], wo dem Staat durch Verpflichtung gemeindlicher Kreditbeschaffung auf die Ziele des § 1 Satz 2 StabG und von ihm gewährte Zweckzuschüsse effektive Steuerungsinstrumente anvertraut sind.
Die Erweiterung der Einflußmöglichkeiten vollzieht sich jedoch nur faktisch, nicht durch Schaffung zusätzlich formalisierter Lenkungsmittel.
Im Gegenteil ist sogar von einer rechtlich verbesserten Position der Gemeinden auszugehen. Sie haben z.B. im Raumordnungsverfahren nach § 5 Abs. 2 BROG aktive Mitgestaltungsrechte [78]. Diese Mitwirkungsbefugnisse werden zur "Kompensation fehlender materieller Eigenbestimmungsrechte" [79] geschaffen [80]. Die Rechtsprechung bestätigt diese Tendenz, indem sie solche Befugnisse aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ableitet und damit die Selbstverwaltungsgarantie nicht mehr statisch-lokal, sondern dynamisch-funktional versteht [81].
Dieser Weg entspricht der Forderung, gerade im Raumordnungs- und Landesplanungsverfahren gesetzliche Beteiligungsrechte der Gemeinden nicht restriktiv, sondern vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie extensiv aufzufassen [82].

---

75) v. Unruh a.a.O. (416)

76) vgl. § 23 Abs. 1 StabG

77) vgl. Gemeindefinanzreformgesetz v. 8. Sept. 1969

78) Fingerhut S. 18

79) Pappermann JuS 1973, 689 (692)

80) ebenso Fingerhut S. 20

81) BVerwG Urt. v. 14. Febr. 1969, DVBl 1969, 362, Urt. v. 14. Febr. 1969, BVerwGE 31, 263 (BBahnG); Urt. v. 13. Febr. 1970, DÖV 1970, 387 (BFernStrG); Urt. v. 21. Febr. 1973, DVBl 1973, 448 (LuftVerkG); vgl. Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 133 Fußn. 82 m.w.N.

82) Blümel DVBl 1973, 436 (441); Schmidt-Aßmann a.a.O. (154); W. Ernst BayBM 1972, 57 (59); Pappermann DÖV 1973, 506 (507); derselbe JuS 1973, 689 (690); v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 49; Fingerhut S. 20 f.

Es mag dahinstehen, ob das vorhandene Kommunalaufsichtssystem unter Einschluß der Beanstandung möglicherweise andere Mittel und Methoden zur Konfliktlösung zwischen Staat und Gemeinde zuließe [83].

Als Ergebnis dieser Teiluntersuchung bleibt festzustellen, daß die Anerkennung eines intermediären Aufgabenbereiches zwischen Staat und Kommunen den Umfang potentiell beanstandungsfähiger Tätigkeit der Gemeinde nicht beschränkt, sondern erweitert, sofern vorhandene Mitwirkungsbefugnisse extensiv interpretiert werden. Wenn auch die "örtlichen Angelegenheiten" im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG rein numerisch begrenzt werden, so bleibt das dynamisch-funktionale Wesen der Gebietskörperschaften im hochdifferenzierten Arbeitsteilungsprozeß als Kern der Selbstverwaltungsgarantie ungeschmälert bestehen. Insoweit ist die Aufgabe des Unterscheidungsschemas "örtlich-überörtlich" bedeutungslos [84].

---

83) vgl. dazu: v. Unruh, Festschrift für Scupin, S. 391 (418), der einen Stichentscheid zugunsten der staatlichen Aufsichtsbehörde oder im Streitfall die Anrufung der rechtsprechenden Gewalt vorschlägt.

84) offenbar a.A.: Scheuner AfK 1973, 1 (11); unklar: Matzerath AfK 1972, 243 (272 f.)

Zweiter Teil: Ausgestaltung, Handhabung und Rechtsschutzmöglichkeiten der Beanstandung

§ 6 Bestimmung der Rechtsnatur des Beanstandungsverfahrens und des Beanstandungsaktes

I. Zweck der Bestimmung des Rechtscharakters

Die Untersuchung des Verhältnisses von Beanstandung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. oben § 3) hatte zum Ergebnis geführt, daß nur die begriffliche Bestimmung mit Hilfe formeller, institutioneller und organisatorischer Anhaltspunkte die Beanstandung in ihrer Typizität abgrenzend prägt. Stellt sich das Verwaltungsgerichtsverfahren als fremdinitiative Fremdkontrolle dar, so drückt der Beanstandungsvorgang "selbstinitiative Selbstkontrolle" [1] aus.

Dagegen vermögen materielle bzw. funktionelle Begriffsbestimmungen keine Abgrenzungen zu leisten, sofern dabei auf Inhalt, Zweck und Wirkung der Beanstandungstätigkeit nicht abgestellt wird.

Diese Untersuchung bleibt somit vorzunehmen, wobei aus Gründen der Differenzierung Beanstandungsverfahren und Beanstandungsakt jeweils getrennter Betrachtung unterzogen werden.

II. Bestimmung der Rechtsnatur durch Auslegung der die Beanstandung regelnden Vorschriften des Gemeinderechts

1. Grammatikalisch-logische Interpretation

"Jede Auslegung eines Textes wird mit dem Wortsinn beginnen [2]. Das Wort ist das dem Gesetz zustehende Mittel, Sinngehalte mitzuteilen [3]. Die Aufgabe der philologischen

---

1) Hans J. Wolff III § 161 III

2) Larenz, Methodenlehre S. 301

3) Menger/Erichsen VerwArchiv 58 (1967), 80

Interpretation besteht in Ermittlung und Feststellung des allgemeinen Sprachgebrauchs [4] bzw. des speziellen Sprachgebrauchs des Gesetzgebers [5], u.U. durch Hinzuziehung von Handwörterbüchern [6].

a) Unbestimmtheit des Begriffs "Beanstandung"

Mit Ausnahme des § 138 GOHess verwenden alle dieser Untersuchung zugrundeliegenden Gemeindeordnungen das Verb "beanstanden" [7]. Diesen Ausdruck setzen verschiedene Wörterbücher der deutschen Sprache gleich mit "Fehler tadeln, etwas rügen, etwas auszusetzen haben, Einspruch erheben, sich beschweren, reklamieren" [9]. Dem Substantiv "Beanstandung" wird die Bedeutung "Rüge, Tadel, Beschwerde, Einspruch, Reklamation" [10] oder "Anstoßnahme, Mißbilligung" [11] beigegeben. Als Synonyme für das transitive Verb "beanstanden" werden Tätigkeitswörter wie "kritisieren, Kritik üben, monieren, sich stoßen an, Anstoß nehmen" verwandt [12]. Die wesentlichen Elemente des Umgangssprachgebrauchs bestehen - abstrahiert - zum einen in der Geltendmachung objektiver Unrichtigkeit des Beanstandungsobjektes; zum anderen drückt gerade die Formulierung "Anstoß nehmen" eine gewisse Richtigkeitsgewährleistungspflicht aus, die dem Beanstandenden

---

4) Larenz a.a.O.

5) derselbe a.a.O. (302)

6) Wolff-Bachof I § 28 III c 1 m.w.N.

7) so Art. 112 GOBay; §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 66 VerfBrh, 130 Satz 1 GONds, 108 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 GONW, 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol

8) vgl. Gerhard Wahrig, Das Grosse Deutsche Wörterbuch, Gütersloh 1966, S. 585 mittl. Sp.; Lutz Mackensen, Deutsches Wörterbuch, 5. Aufl. München 1967, S. 110 mittl. Sp.

9) Rudolf Köster, Ullstein Lexikon der deutschen Sprache, Berlin 1969, S. 117 lk. Sp.

10) Wahrig a.a.O.

11) Köster a.a.O.

12) Wolfgang Müller, Der Große Duden, Band 8, Sinn- und sachverwandte Wörter und Wendungen, Mannheim 1972, S. 96 mittl. Sp.

bei Erkennung entsprechender Diskrepanzen zufällt.
Diese Kriterien deuten zwar auf eine Formalisierung des Beanstandungsvorganges hin, bieten aber keine Anhaltspunkte dafür, ob die Beanstandung Rechtsverletzungen rügt oder (auch) rein tatsächliche Vorgänge und Zustände kritisiert. Solche Unsicherheiten als Ergebnis grammatikalisch-logischer Auslegung werden dadurch verstärkt, daß der Gesetzgeber in anderen Vorschriften [13] ebenfalls das Verb "beanstanden" gebraucht. Während der Beanstandungsgrund nach dem BJagdG in der Unvereinbarkeit des Pachtvertrages mit der nach § 1 BJagdG gebotenen Wildhege besteht [14], läßt das LPachtG Beanstandungen nur zu, wenn die vom Gesetzgeber in diesem Gesetz angestrebten Ziele in landwirtschaftlicher, volks- und/oder betriebswirtschaftlicher Hinsicht gefährdet scheinen [15].
Gegenüber diesen nur tatsächliche Abweichungen kritisierenden Beanstandungen fehlt es nicht an Aufsichtsakten, die ausschließlich Rechtsverletzungen rügen [16] [17]. Aus diesen Feststellungen ergibt sich, daß die philologische Ausdeutung der "Beanstandung" nicht zu der eingrenzenden Charakterisierung als Mittel der Legalitätskontrolle führt.

b) Unbestimmtheit des Begriffs "Kommunalaufsichtsbehörde"

Inhaber der gemeinderechtlichen Beanstandungsbefugnis ist

---

13) z.B. § 12 BJagdG; § 5 LPachtG

14) so Lorz, Jagd § 12 Anm. 2; vgl. auch Schandau § 12 Erl. I (S. 68)

15) vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) - d) LPachtG

16) beispielhaft: § 7 Abs. 2 des "Gesetz zur Ausführung des Gesetzes für Jugendwohlfahrt - AG-JWG -" NW in der Fassung v. 1. Juli 1965, GVNW S. 248. In Abs. 3 nimmt diese Vorschrift direkten Bezug auf die kommunalrechtliche Beanstandung gem. § 108 GONW.

17) vgl. auch § 49 Abs. 1 des "Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HSchG)" v. 7. April 1970, GVNW S. 254; diese "Beanstandung" hat nach § 49 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz "aufschiebende Wirkung".

jeweils eine Behörde, die "Rechtsaufsichtsbehörde" [18], "Aufsichtsbehörde" [19] oder "Kommunalaufsichtsbehörde" [20] genannt wird [21].

Für die Abgrenzung des Beanstandungsverfahrens von der Verwaltungsgerichtstätigkeit stellt die Zuordnung der entsprechenden Befugnis an eine Behörde der Verwaltung als Vertretungsorgan [22] kein hinlängliches Kriterium dar. Während die Eigenart der Rechtsprechungsakte darin besteht, daß sie sich "in dem Ziel erschöpfen, den Rechtsfrieden zu erhalten und die Gerechtigkeit durchzusetzen" [23], strebt die (Verwaltungs-)Behörde primär die Fallerledigung an [24]. In Ausnahmefällen treffen aber auch Behörden (der Verwaltung) "streitentscheidende Einzelfallregelungen" [25]. So kann nach § 35 BJagdG die Verwaltungsbehörde im Feststellungsverfahren in Wild- und Jagdschadenssachen u.a. "eine nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbare Entscheidung (Vorbescheid) erlassen".

Im Ergebnis führt damit der in den Länder-Gemeindeordnungen geübte Sprachgebrauch "Aufsichtsbehörde", "Rechtsaufsichtsbehörde" und "Kommunalaufsichtsbehörde" nicht zu klaren Ergebnissen für die Unterscheidung der Beanstandung vom Verwaltungsprozeß.

---

18) so Art. 112 Satz 1 GOBay, § 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü

19) so §§ 138 GOHess, 108 Abs. 2 Satz 1 GONW, 121 Satz 1 GORhPf

20) so §§ 130 Satz 1 GONds, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol

21) nach § 66 VerfBrh steht die Beanstandungsbefugnis u.a. dem Magistrat, der Verwaltungsbehörde nach § 42 Abs. 1 Satz 1 VerfBrh ist, zu.

22) zum Begriff der Behörde: Wolff-Bachof §§ § 76 passim; speziell zum Begriff der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden: dieselben a.a.O. § 76 I d 7

23) so BVerwG Urt. v. 16. Juni 1959, NJW 1959, 1507 (1508); ähnlich Menger VerwArchiv 49 (1958), 179; a.A. Wolff-Bachof I § 19 I c

24) Menger VerwArchiv 51 (1960), 66

25) v. Mutius S. 27 m.w.N. in Fußn. 54

2. Systematische Interpretation

Diese Auslegungsmethode basiert auf der Vorstellung von einer "Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung" [26]. Nicht bloß die Summierung von Rechtsvorschriften macht "die" Rechtsordnung aus, sondern - nach dem Prinzip der Übersummativität - eine "einheitliche Regelung" [27], deren (Teil-)Rechtssätze verzahnt sind.

Sämtliche Gemeindeordnungen regeln die Beanstandung in dem Abschnitt bzw. Teil, der mit "Aufsicht" oder "Rechtsaufsicht" überschrieben ist und zunächst programmatisch die Aufgabe der Aufsicht bestimmt [28]. Danach dient die Rechtsaufsicht der Sicherstellung und Überwachung der Gesetzmäßigkeit gemeindlicher Verwaltungstätigkeit [29] bzw. der Kontrolle darüber, ob im Einklang mit den Gesetzen verwaltet wird [30].

Die Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit folgt nicht schon aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Gemeinden die eigenverantwortliche Regelungsbefugnis über alle Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises nur "im Rahmen der Gesetze" zuweist. Vielmehr folgt die Begrenzung auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle aus den jeweiligen Verfassungen der Länder [31] [32].

In der systematischen Auslegung stellt sich die im Aufsichts-Abschnitt der Gemeindeordnungen normierte Beanstan-

---

26) Wolff-Bachof I § 28 III c 3

27) Larenz, Methodenlehre S. 305

28) vgl. §§ 135 GOHess, 127 Abs. 1 GONds, 106 Abs. 1 GONW, 117 GORhPf, 123 Abs. 1 GOSaar, 120 GOSchHol

29) § 118 Abs. 1 GOBaWü; Art. 109 Abs. 1 GOBay

30) § 64 VerfBrh

31) Art. 75 Abs. 1 Satz 1 LVerfBaWü; Art. 83 Abs. 4 Satz 2 VerfBay; Art 147 VerfBremen; Art. 137 Abs. 3 Satz 2 VerfHess; Art. 44 Abs. 5 VerfNds; Art 78 Abs. 4 Satz 1 VerfNW; Art. 49 Abs. 3 Satz 2 VerfRhPf; Art 127 Satz 2 VerfSaar; Art. 39 Abs. 3 Satz 1 VerfSchHol

32) so Gönnenwein, Gemeinderecht S. 178 f.; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 373; Zuhorn-Hoppe S. 300 ff.; Rumpf VVDStRL 14 (1956), 136 (163): Aus dem Begriff "Kommunalaufsicht" ist die Beschränkung auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle nicht ableitbar.

dung als ausschließliches Mittel zur Rechtsrüge dar.
Die Gemeindeordnungen regeln mit einer - terminologischen - Ausnahme [33] übereinstimmend das Rechtsinstitut der Beanstandung, schaffen aber gleichzeitig weitere Aufsichtsmittel, wie Ersatzvornahme [34], Bestellung eines Beauftragten, Auflösung des Rates [35] oder Finanzsperre [36]. Aus der gesetzessystematischen Stellung der Beanstandung zu diesen Kontrollmitteln folgt insbesondere, daß diese Institute in den gemeindlichen Bereich der Rechtsfolgenverwirklichung eingreifen, während die Beanstandung die gemeindliche Kompetenz zur Rechtsfolgenerzeugung und Rechtsschaffung [37] betrifft. Mithin stehen beim Rechtsinstitut Beanstandung Fragen der Rechtswirksamkeit, Rechtsfehlerhaftigkeit und Vollziehungsfähigkeit gemeindlicher Akte zur Prüfung an.
Als "Verfügung der Rechtsaufsicht" kann die Beanstandung mit Widerspruch und Anfechtungsklage [38] oder sogleich mit der Anfechtungsklage [39] angegriffen werden [40]. Zwar setzen §§ 42 Abs. 1, 68 ff. VwGO einen Verwaltungsakt im Sinne der Legaldefinition des § 35 VwVfG voraus. Da aber mit der Verweisung auf diese Rechtsschutzmöglichkeiten nur prozessuale Rechtsfolgen eröffnet werden, bedarf es keiner Tatbestandprüfung in der Weise, daß der Beanstandung der

---

33) § 138 GOHess: "Die Aufsichtsbehörde kann ... aufheben ..."

34) dazu: Schnapp, Ersatzvornahme, Jur.Diss. = Heft 2 passim

35) nur in NW (§ 111 GO) und RhPf (§ 125 GO)

36) nur in SchHol (§ 126 Abs. 1 GO)

37) Schnapp Jur.Diss. S. 130 = Heft 2 S. 78:
"Die Ausübung des Selbstverwaltungsrechts kann in zwei Phasen vor sich gehen: in Willensbildung und Willensvollzug. Die Anordnung hat die Wirkung, daß der Gemeinde die Willensbildungsinitiative genommen wird."
Ob diese Definiton auch für die Beanstandung Anspruch auf Verbindlichkeit erheben kann, hängt maßgebend vom noch zu diskutierenden Umfang beanstandungsfähiger Gemeindeakte ab.

38) so Art 120 GOBay; §§ 126 GORhPf, 132 GOSaar

39) so §§ 125 GOBaWü, 142 GOHess, 112 GONW

40) keine Regelung treffen die VerfBrh und die GONds sowie GOSchHol

materielle Charakter eines Verwaltungsbehördenaktes zugewiesen sein muß. Aus der gesetzessystematischen Nähe der Beanstandung zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsaufsichtsmaßnahmen folgt daher kein geeignetes Kriterium für die Zuordnung der Beanstandung als Verwaltungsverfahren.

3. Historische Interpretation

Für diese Auslegungsmethode zur Bestimmung der Rechtsnatur von Beanstandungsverfahren und Beanstandungsakt eignet sich der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung in idealer Weise. Entstehung und Entwicklung dieses Rechtsinstituts [41] seit der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 und der ersten gesetzlichen Fixierung der Beanstandung in § 140 prGO vom 18. März 1850 haben geschichtlich verfolgbar derartig viele Stufen durchlaufen, daß sich Präzisierungsmöglichkeiten geradezu aufdrängen.
Problematisch ist allerdings, wer als Gesetzgeber und welcher gesetzgeberische Wille berücksichtigt werden dürfen [42]. Diese Frage bedarf jedoch trotz der Tatsache, daß die vorliegenden Gemeindeordnungen erst nach 1945 entstanden sind, keiner abschließenden Erörterung. Das Bundesverfassungsgericht judiziert in ständiger Rechtsprechung [43], bei der Definition des Wesens der Selbstverwaltung müsse der geschichtlichen Entwicklung und den historischen Erscheinungsformen in gewissem Ausmaß Rechnung getragen werden. Den (modernen) Kritikern dieser geschichtsorientierten Interpretationsmethode [44] muß entgegengehalten werden, daß die historische Entwicklung lediglich als Erkenntnisquelle [45] dient, nicht aber als Veränderungssperre zugunsten einer

---

41) Wolff-Bachof I § 28 III c 5

42) v. Mutius S. 100 m.w.N.; vgl. Larenz, Methodenlehre S. 308 ff.

43) so schon BVerfGE 1, 167 (178); zuletzt VBerfGE 26, 228 (238)

44) v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 42; Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 127; Scheuner AfK 1973, 1 (3)

45) VGHNW Urt. v. 7. Juli 1956. OVGE 11, 149 (150)

systemimmantenten status-quo-Dogmatik.
Bei Schaffung der Beanstandung als Aufsichtsinstrument standen Objektivitäts- und Neutralitätsaspekte deutlich im Vordergrund.
Aus einer Euphorie liberalen Gedankenguts heraus sah der nach dem Abgeordneten Schwickerath benannte Entwurf für die Verfassung der Gemeinden, Kreise und Bezirke Preußens vor, daß gemeindliche Entschließungen und Verfügungen von einem sie beobachtenden "Staatsanwalt" im Falle Verletzung allgemeiner Gesetze beanstandet und zur Revision vor höhere Kommunalkörperschaften gebracht werden konnten [46) 47)].
Damit sollte die Initiative für ein aufsichtsbehördliches Einschreiten auf eine selbständige Behörde, die Staatsanwaltschaft, übertragen werden. Dieser Gesetzgebungsentwurf korrespondierte mit der Ansicht des Abgeordneten v. Nagel, der in der Frankfurter Paulskirchenversammlung gefordert hatte, gegen Verfügungen der Gemeindebehörden dem Staatsanwalt ein Recht zur Appellation an die Staatsbehörde einzuräumen [48)].
Zwar billigte der offizielle Regierungsentwurf für eine prGO [49)] der Staatsanwaltschaft ein Initiativrecht nicht zu, machte jedoch in § 75 den Bezirksausschuß, ein gewähltes Kollegialgremium, zur Aufsichtsinstanz [50)].
Die Beanstandung (nach § 140 prGO 1850) besaß keinen kassatorischen (rechtsvernichtenden) Charakter, wie er dem Urteil im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß zukommt (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) [51)]. Vielmehr

---

46) Erler S. 48-56; Heffter S. 312; Utermann S. 131-136; v. Grumbkow S. 69

47) Heffter a.a.O. sieht in diesem Zugeständnis einer Staatsanwaltschaft als Aufsichtsbehörde an die staatliche Zentralgewalt ein hohes Maß an parlamentarisch-demokratischer Autonomie.

48) Erler S. 26 mit Quellenhinweis

49) vom 13. August 1848; vgl. Utermann S. 128 mit Quellennachweis

50) Utermann S. 144

51) Eyermann-Fröhler § 113 Rdnr. 33 ff.; Redeker/v. Oertzen § 113 Rdnr. 3

äußerte sich im Verbot der Ausführung des beanstandeten Beschlusses lediglich wirksamkeitsaufschiebender [52], d.h. suspensiver Effekt, wie ihn heute Widerspruch und Anfechtungsklage gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO auslösen.
Als erste Gemeinderechtskodifikation [53] beschänkte die StO SchHol [54] den Anlaß für Beanstandungsakte auf formelle und materielle Rechtsverletzungen sowie Kompetenzüberschreitungen; die Beanstandung diente fortan nur der Rechtswahrung.
Im Wege des Umkehrschlusses muß das Beanstandungsverfahren spätestens seit der Gesetzesnovellierung vom 22. März 1881 historisch-interpretativ als Verwaltungsverfahren [55] bezeichnet werden. Nach § 118 prProvO 1875 erfolgte die Beanstandung nicht mehr als kommunalaufsichtlicher Akt im Verhältnis Staat-Selbstverwaltungskörperschaft, sondern als Anfechtungsklage im kontradiktorischen Verwaltungsstreitverfahren. Die dadurch verursachte Überbelastung [56] der neu eingerichteten Verwaltungsgerichte spielte als gesetzgeberisches Motiv bloß sekundäre Bedeutung. Entscheidend war vielmehr die dogmatisch-prozessuale Einsicht, daß jeder Verwaltungsrechtsstreit begriffsmäßig eine behördliche Anordnung voraussetze, durch die sich die Betroffenen in ihren Rechten verletzt fühlten [57]. Entsprechend der Gesetzesänderung mußte nunmher die Selbstverwaltungsbehörde wegen der kommunalaufsichtlichen Beanstandung Klage gegen

---

52) Laux S. 44; a.A. Salzwedel, Kommunalrecht S. 290

53) Der Ansicht von Arthur Müller (S 21) und Laux (S. 51), § 178 KrO Preußen 1872 bzw. § 15 ZuständigkeitsG Preußen 1883 könnten diesen Novationsanspruch erheben, kann somit nicht zugestimmt werden. Wie hier: Gönnenwein, Gemeinderecht S. 175

54) vom 14. April 1869 (§ 92 Abs. 3)

55) Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1881, S. 234; dazu Peters, Grenzen S. 218 f. (1926 !): "Kommunalaufsicht ist jene staatliche Verwaltungstätigkeit, durch die die Gemeinden und Gemeindeverbände im öffentlichen Interesse in ihrem Rechten geschützt und die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten gesichert wird. Die Tätigkeit der Aufsichtsorgane ist also Verwaltungstätigkeit."

56) v. Grumbkow S. 104

57) Arthur Müller S. 21; v. Grumbkow S. 103

die Aufsichtsbehörde erheben [58].

4. Teleologische Interpretation

Diese Methode soll nach LARENZ [59] gesetzliche Vorschriften "so auslegen, daß (im Rahmen des möglichen Wortsinnes und des möglichen Bedeutungszusammenhanges) der erkennbar vom Gesetzgeber gewollte, hilfsweise der aus dem Inhalt der Regelung vernünftigerweise zu entnehmende Zweck so weit als möglich verwirklicht wird, zweckwidrige Entscheidungen aber vermieden werden".

Auf der Grundlage des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wird das Verhältnis von Kommunalkörperschaft und Staatsbehörde vom Begriff "Dezentralisation" geprägt. Organisatorisch sind die Gemeinden als "Glieder einer dezentralisierten Verwaltung" [60] in den Staatsaufbau eingebunden.

Diese trotz eigener staatsunabhängiger Organe bestehende Einordnung verlangt als "Korrelat" [61] oder "Komplement" [62] der Selbstverwaltungsgarantie nach Überwachung, die im örtlichen Wirkungskreis als Rechtsaufsicht [63] den Kommunalaufsichtsbehörden zufällt.

Diese Rechtsaufsicht vollzieht sich in der Form einer "korregierenden Repressivaufsicht" [64], dem Inhalt nach

---

58) v. Grumbkow a.a.O.; Arthur Müller S. 22

59) Methodenlehre S. 312; vgl. v. Mutius S. 112 f. m.w.N.; zur teleologischen Auslegung: Menger/ Erichsen VerwArchiv 58 (1967), 82

60) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 371; dazu auch: Köttgen HKWP I S. 217; derselbe, Gemeinde S. 15; Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (157); Forsthoff, Lehrbuch S. 478 m.w.N. in Fußn. 2; Stern, in: Bonner Kommentar Art 28 Rdnr. 83 ff.; Wolff-Bachof II § 84 IV b; a.A.: Jesch, Rechtsstellung, DÖV 1960, 739 (742 ff.); Schmidt-Aßmann, Städtebaurecht S. 9

61) BVerwG Urt. v. 18. Nov. 1955, BVerwGE 2, 329 (332); BVerwG Urt. v. 23. Jan. 1957, BVerfGE 6, 104 (118); v. Münch-Roters Art 28 Rdnr. 52

62) Pagenkopf a.a.O.

63) Wolff-Bachof II § 86 IX

64) Pagenkopf a.a.O. S. 373

als "Gesetzmäßigkeitskontrolle" [65].

Die Bestimmung der Rechtsnatur des Beanstandungsverfahrens und des Beanstandungsaktes mittels teleologischer Interpretation erfolgt durch "zweckorientierte Auslegung" [66]. Gegenstand der Beanstandung sind stets Beschlüsse oder Verfügungen (Anordnungen, Maßnahmen), die das geltende bzw. bestehende Recht [67] oder das Gesetz [68] verletzen oder rechtswidrig [69] sind.

Die Literatur mißt der Beanstandung - vor dem Hintergrund des Verfassungsverständnisses von den Gemeinden und dem Wortlaut der Länder-Gemeindeordnungen - eine Vielzahl von Zwecken zu. Im weiteren Sinn dieser Zweckzuweisung soll zunächst die Rechtmäßigkeit der Verwaltung im eigenen Wirkungskreis gesichert werden [70]. Die Beanstandung dient ferner der Wahrung der Einheit der Verwaltung [71]. Hierin äußern sich Förderungsfunktionen der Aufsichtsbehörde [72]. Diese Aufgabe wird auch in der Bewahrung der Gemeinde vor Wiederholung gleichartiger Rechtsverstöße [73] erfüllt.

Der engere Sinn des Beanstandungszweckes zielt auf die Verhinderung der Ausführung rechtswidriger Beschlüsse und Verfügungen [74]. Es handelt sich dabei um einen denknotwendigen

---

65) Gönnenwein, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 511 (516); derselbe, Gemeinderecht S. 177; Pagenkopf a.a.O.

66) v. Mutius (S. 113) verwendet diesen Begriff synonym für "teleologische Interpretation"

67) §§ 66 VerfBrh, 138 GOHess, 108 GONW, 121 GORhPf, 126 GOSaar, 123 GOSchHol

68) §§ 121 GOBaWü, 130 GONds

69) Art. 112 GOBay

70) Obermayer, in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Gemeinderecht S. 477; Wenzel BayBM 1973, 61

71) Simon BayVBl 1969, 100; Heuser BayBM 1970, 29 (30)

72) Becker, in: Breuckmann, Schriftenreihe Bd. 19 (1963), 129 (130)

73) OVG RhPf Urt. v. 1. Juli 1974 (7 A 16/73)
OVG RhPf Urt. v. 1. Juli 1974 (7 A 21/74)
Heermann S. 187

74) Arthur Müller S. 29; Werner Weber, Schriftenreihe, Bd. 19 (1963), 17 (19)

Folgezweck, der aus der Berichtigungsfunktion [75] der Kommunalaufsicht fließt.
PAGENKOPF [76] kennzeichnet die Beanstandung als "die umfassendste und zugleich die dem Wesen der repressiven Staatsaufsicht am nächsten kommende Einwirkungsmöglichkeit". Für die teleologisch interpretierende Zweckbestimmung dieses Rechtsinstituts kommt es damit auch auf einen Vergleich zu den übrigen "repressiven (korrektiven) Aufsichtsmitteln" [77] an. Schon bei der systematischen Auslegung hatte sich gezeigt, daß diese weiteren Institute wie Ersatzvornahme, Staatskommissar, Ratsauflösung oder Finanzsperre in den gemeindlichen Bereich der Rechtsfolgenverwirklichung eingreifen, während die Beanstandung die Rechtsfolgenerzeugung berührt [78]. Im Vergleich der verschiedenen repressiven Aufsichtsmittel wird deren jeweiliger Grad an Eingriffsintensität [78a] in das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht deutlich; insoweit stellt die Beanstandung den mildesten, geringstmöglichen Weg zur Rechtswidrigkeitskorrektur dar. Typisches Kennzeichen der Beanstandung ist der aufsichtsbehördliche Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des gemeindlichen Verhaltens; die Aufsichtsbehörde handelt (noch) nicht selbst "anstelle der Gemeinde" [78 b]. Insoweit fehlt der Beanstandung jedes transitorische Element, das zum Beispiel der Ersatzvornehme anhaftet.

---

75) Salzwedel VVDStRL 22 (1965), 206 (213)

76) Kommunalrecht S. 375

77) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 187, der terminologisch die Aufsichtsmittel in "vorbereitende, vorbeugende und repressive (korrektive)" einteilt (a.a.O. S. 183)

78) Schnapp Jur.Diss. S. 130 (= Heft 2, S. 78) gliedert die Ausübung des Selbstverwaltungsrechts in zwei Phasen: Willensbildung und Willensvollzug. Diese Unterscheidung ist speziell für die Beanstandung nicht zweifelsfrei: "Willensbildung" umfaßt nämlich sowohl rechtserhebliche Beschlüsse wie auch bloß politische Entschließungen, die wegen ihres Kundgabecharakters keine Rechtswirkungen entfalten.

78a) Forsthoff, Lehrbuch S. 573; vgl. Wolff-Bachof II § 77 II d

78b) Prandl/Zimmermann Art 112 Anm. 6

Schließlich sei - im Anschluß an die geschichtsbezogene Betrachtung der Beanstandung - auf den Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie hingewiesen [79]. Die aufsichtsbehördliche Beanstandung qua kontradiktorischer Anfechtungsklage wurde 1881 auch deshalb abgeschafft, weil es zu einer erheblichen Überbelastung [80] der gerade erst in Preußen installierten Verwaltungsgerichtsbarkeit gekommen war. Damit wurde das Beanstandungsverfahren zu einem solchen der Verwaltung. Der Charakter des Beanstandungsausspruches, nämlich die bislang den Verwaltungsgerichten zugewiesene Rechtswidrigkeitskorrektur, erfuhr dadurch keine Änderung; die Aufsichtsbehörde erhielt aber neben ihrem Initiativrecht die gesamte Verfahrenszuständigkeit.

III. Beanstandung als Verwaltungsakt

Das herrschende Schrifttum [81] und die Rechtsprechung [82] bezeichnen die Beanstandung als Verwaltungsakt. Die zwischen Staat und Gemeinde verbindliche Feststellung [83] der Rechtswidrigkeit gemeindlichen Verhaltens soll zum einen im Sinne des § 42 Abs. 1 VwGO [84] anfechtbarer Verwaltungsakt sein,

---

79) dazu Menger/Erichsen VerwArchiv 58 (1967), 82; ebenso v. Mutius S. 113 f., der vor einer Überbetonung prozeßwirtschaftlicher Erwägungen im Rahmen teleologischer Interpretation warnt.

80) v. Grumbkow S. 104

81) statt vieler: Gönnenwein, Gemeinderecht S. 180; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375; Zuhorn-Hoppe S. 326; Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 7; Masson-Samper Art 112 Anm. 6; Bark S. 155; Vorbeck S. 57; unklar: Salzwedel, in: Loschelder-Salzwedel S. 289

82) VGH Stuttgart Urt. v. 15. Juli 1958, BaWüVBl 1958, 153 = ESVGH 8, 70; VGH Hessen Urt. v. 30. Mai 1960, VerwRspr 14, 420 (422); VGH Hessen Urt. v. 1. Juni 1960, DÖV 1961, 391 (392). Das OVG Münster Urt. v. 23. März 1960, OVGE 15, 275 (277) läßt es dahingestellt, ob kommunalaufsichtliche Verfügungen Verwaltungsakte im Sinne von § 25 Abs. 1 MRVO Nr. 165 sind: "denn die für Verwaltungsakte geltenden Regeln müssen jedenfalls sinngemäß angewendet werden."

83) Pagenkopf a.a.O.; Helmreich-Widtmann a.a.O.

84) Masson-Samper a.a.O.

weil in der Beanstandung ein Hoheitsbefehl liege, der den örtlichen Wirkungskreis der Kommune berühre und damit in den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsbereich eingreife [85]. Zum anderen bestehe zwischen Staatsaufsichtsbehörde und Gemeinde das für den Verwaltungsakt typische Subordinationsverhältnis [86].
Diese eher apodiktischen Aussagen zur Rechtsnatur der Beanstandung können nicht völlig überzeugen; sie stellen nämlich ausschließlich auf den Beanstandungsausspruch und seine "korrektiven" [87] Repressionswirkungen ab, ohne den Beanstandungsvorgang selbst hinreichend zu berücksichtigen.
Im folgenden soll daher untersucht werden, ob "Verfügungen, mit denen kommunale Beschlüsse und Anordnungen beanstandet und aufgehoben werden, weil sie das bestehende Recht verletzen" [88], tatsächlich Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde darstellen.
Anlaß zur differenzierten Betrachtung geben die Beanstandungsvorschriften der Länder-Gemeindeordnungen mit ihrem zum Teil unterschiedlichen Wortlaut. Während § 133 GOHess davon spricht, daß die Aufsichtsbehörde "aufheben" kann, also Rechtsrüge und Beseitigung des inkriminierten Gemeindeaktes unlösbar miteinander ausspricht, räumen andere Gemeindeordnungen den Rechtsaufsichtsbehörden die Befugnis ein, rechtswidrige Gemeindevorgänge "zu beanstanden und ihre Auflösung oder Änderung zu verlangen" [89].

1. Subsumtionstätigkeit

Mit dieser (sprachlichen) Unterscheidung könnten ein selbständiges Rügerecht [89a] und ein sich nicht notwendig anschließendes Revisionsbegehren gemeint sein.

---

85) Vorbeck S. 57

86) Bark S. 155; dazu kritisch: Stiefel DÖV 1960, 19 (20 f.)

87) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 187

88) Erich Becker HKWP I S. 179

89) so Art 112 Satz 1 GOBay; ähnlich: §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar

89a) Günther Schmitt, System S. 228 f.

Rechtspflege wird begrifflich als "Verwirklichung von Staats- und sonstigen öffentlichen Zwecken seitens der damit betrauten Staatsorgane durch das Mittel der Rechtsanwendung" [90] verstanden. MENGER [91] definiert Rechtsanwendung dahin, daß sie "durch Subsumtion des zu ordnenden oder zu gestaltenden Sachverhalts unter den Tatbestand des dafür vorgesehenen, in der positiven Rechtsordnung enthaltenen Rechtssatzes und durch Vollziehung der an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolge" erfolge.
Die Aufgabe der Kommunalaufsichtsbehörden besteht vor dem Hintergrund des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und den entsprechenden Länderverfassungen in der Rechtswahrungsaufsicht [92]. Gerade die geschichtliche Entwicklung der Beanstandung zeigt, daß sie in funktioneller Nähe zur Staatsanwaltschaft steht, der das Gesetz (vgl. §§ 152, 160 ff. StPO) ein "Gesetzeswächteramt"[93] im Bereich des Strafrechts einräumt. Es sei daran erinnert, daß 1848/49 gefordert wurde, das Initiativrecht zum Beanstandungsverfaren der Staatsanwaltschaft zu übertragen [94]. Im Strafprozeßrecht wird anerkannt, daß der Staatsanwaltschaft eine selbständige Prüfungspflicht obliegt, ob ein ihr angezeigter oder sonstwie bekannt gewordender "Sachverhalt überhaupt unter eine Strafbestimmung fällt" [95]. Die Verletzung dieser Pflicht berührt die berechtigten Interessen des Beschuldigten mit der möglichen Konsequenz von Amtshaftungsansprüchen nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG [96], die nur vermieden werden können, wenn der Staatsanwalt die zusammen-

---

90) Wolff-Bachof I § 19 I a

91) System S. 30

92) Schaper SKV 1962, 85 (90)

93) Menger, System S. 41

94) vgl. den Schwickerathschen Entwurf; dazu: Erler S. 48-56; Utermann S. 131-136; v. Grumbkow S. 69; Heffter S. 312; vgl. auch die Äußerung des Abgeorndeten v. Nagel in der Frankfurter Paulskirchenversammlung; dazu: Erler S. 26 mit Quellennachweis

95) BGH Urt. v. 8. März 1956, BGHZ 20, 178 (180); Kleinknecht § 152 Rdnr. 4

96) BGH a.a.O.

getragenen Tatsachen "anhand seiner Rechtskenntnisse" [97] hinreichend vertretbar rechtlich beurteilt.
Diese für die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit typische Subsumtionspflicht trifft auch die Kommunalaufsichtsbehörde im Beanstandungsverfahren; denn da nur gesetz- bzw. rechtswidrige Gemeindeakte angegriffen werden können, bedarf es zunächst einer entsprechenden rechtlichen Würdigung. Diese Beurteilung bedeutet aber noch keine Rechtsanwendung im Sinne der Definition von MENGER [98]. Vielmehr stellt die Subsumtionstätigkeit eine (Vor-)Prüfung für den eventuellen Ausspruch einer Rechtsfolge dar. Damit fehlt es aber bereits an der für den Verwaltungsakt notwendigen Rechtsfolgenanordnung. Im übrigen entfaltet eine positive Subsumtion,d.h. die Schlüssigkeitsbejahung keine Rechtswirkungen außerhalb der prüfenden Kommunalaufsichtsbehörde. Die Subsumtionspflicht bzw. -tätigkeit begründet keinen Verwaltungsaktcharakter für die Beanstandung.

2. Rechtsrüge

Bejaht die Aufsichtsbehörde nach erfolgter Subsumtion eine gemeindliche Rechtswidrigkeit, so spricht sie dies aus, d.h. sie beanstandet [99]. Diese Rechtsrüge als gesonderter Teil des Beanstandungsaktes [100] weist einerseits die Kommune in förmlicher Weise auf ihren rechtswidrigen Akt hin [100a], stellt andererseits positiv die Rechtswidrigkeit fest [101]. In dieser verbindlichen Feststellungswirkung äußert sich

---

97) Karl Peters § 23 IV 1 a

98) System S. 30

99) so deutlich: §§ 66 VerfBrh, 130 Satz 1 GONds, 108 Abs. 2 Satz 1 GONW, 123 Satz 1 2. Halbsatz GOSchHol

100) Günther Schmitt, System S. 229 m.w.N.; v. Loebell § 108 Rdnr. 5

100a) Prandl/Zimmermann Art 112 Anm. 6

101) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375 bezeichnet die Beanstandung als "verbindliche aufsichtsbehördliche Feststellung, daß Beschluß oder Anordnung rechtswidrig sind; sie (scil. die Beanstandung) ist Verwaltungsakt ..."; ähnlich Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 7

die Verwaltungsakteigenschaft feststellender Art der Beanstandung [102]. Der rechtsrügende Bestandteil der Beanstandung hält konstitutiv eine rechtserhebliche Eigenschaft des inkriminierten Gemeindeaktes fest, nämlich dessen objektive Rechtswidrigkeit.

3. Selbstberichtigungsbefehl

Eine weitere von der Beanstandung intendierte Rechtswirkung tritt hinsichtlich des monierten (rechtswidrigen) Gemeindeaktes ein. Hier treffen die Gemeindeordnungen allerdings unterschiedliche Regelungen.
In Bremerhaven [103], Hessen [104], Niedersachsen [104a], Nordrhein-Westfalen [105] und Schleswig-Holstein [106] berührt die Beanstandung - unabhängig von der durch die Rechtsrüge festgestellten Rechtswidrigkeit - eo ipso die Wirksamkeit des bemängelten Gemeindeaktes. Es bedarf noch der Untersuchung, ob dieser mit der Rechtsrüge uno actu ausgesprochene Wirksamkeitsentzug in zeitlicher Hinsicht rückwirkend oder bloß ex nunc wirkt und möglicherweise kassatorische Züge aufweist. Auf jeden Fall enthält die Beseitigung der Wirksamkeit im Verhältnis Staat-Gemeinde regelnde Elemente, da im Bereich des beanstandeten gemeindlichen Vorganges die Rechtssetzungs- bzw. Einzelfallregelungsbefugnis punktuell-total aufgehoben wird. Insoweit tangiert die wirksamkeitsentziehende Beanstandung die Allzuständigkeit der Kommune in ihren Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG indiziert damit die Verwaltungsakteigenschaft der kommunal-

---

102) Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 4; Eyermann-Fröhler § 43 Rdnr. 13a; Meyer/Borgs § 35 Rdnr. 19

103) § 66 VerfBrh

104) § 138 GO

104a) § 130 Satz 1 GO

105) § 108 Abs. 2 GO

106) § 121 Satz 1 2. Halbsatz GO

aufsichtlichen Beanstandung [107].
In Bayern [108], Baden-Württemberg [109], Rheinland-Pfalz [110] und im Saarland [111] wird die mit Feststellungscharakter versehene Monierung der Rechtswidrigkeit mit der Pflicht der Gemeinde zur Aufhebung des bemängelten Beschlusses bzw. der kritisierten Maßnahme verknüpft [112]. Auch im Aufhebungsgebot tritt das regelnde Element der Beanstandung zutage, da sie der Gemeinde eine verbindliche Rechtspflicht zum Handeln aufbürdet.
Der mit der Beanstandung automatisch verbundene Wirksamkeitsentzug greift viel schärfer in das Selbstverwaltungsrecht ein als das Aufhebungsgebot. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelungen in Bremerhaven, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein greifen nicht durch, da das Rechtsinstitut der Beanstandung den Kommunalaufsichtsbehörden ein Instrumentarium verschafft, das in seiner rechtlichen Auswirkung dem eo-ipso Wirksamkeitsentzug gleichkommt. Unter dem Gesichtspunkt der abgestuften Intensität aller repressiven Aufsichtsmittel [113] haften

---

107) Der 3. Leitsatz OVG Münster Urt. v. 20. Aug. 1958, OVGE 14, 7: "Eine kommunalaufsichtliche Beanstandung erweitert nicht die Rechtstellung der Gemeinde gegenüber Dritten, sondern verpflichtet sie nur, von den ihr ohnehin zustehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Beseitigung der Rechtsfolgen des beanstandeten Beschlusses Gebrauch zu machen" wie auch hierauf Bezug nehmende Kommentierung bei Kottenberg/Rehn, § 108 Anm. II.4., sind unverständlich; denn bei der diesem Urteil zugrundeliegenden aufsichtlichen Beanstandung handelte es sich nicht um eine gemeindeinterne nach §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 39 Abs. 2 und 3 GONW, sondern um eine solche nach § 108 Abs. 1 Satz 2 GONW, bei der die Aufsichtsbehörde selbst aufhebt.

108) Art 112 Satz 2 GO

109) § 121 Abs. 1 Satz 1 GO

110) § 121 Satz 1 GO

111) § 126 Satz 1 GO

112) Vorbeck S. 57; Bark S. 156; Günther Schmitt, System S. 229; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. 5; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4; Masson-Samper Art 112 Rdnr. 8; Hölzl Art. 112 Anm. 1

113) Forsthoff, Lehrbuch S. 573; vgl. Wolff-Bachof II § 77 II d; Schnapp Jur.Diss. S. 37 ff. (= Heft 2 S. 26 ff.)

den Regelungen in vorbezeichneten Ländern systemwidrige Züge an. Dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs folgend reicht es vollkommen aus, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde autoritativ die Rechtswidrigkeit gemeindlicher Akte ausspricht und ein diesbezügliches Aufhebungsgebot erläßt. Erst wenn die Gemeinde dem nicht Folge leistet, sollte die Rechtsaufsicht ihr Gebot ersatzweise durchsetzen [114]. Ein eigenes "Aufhebungsrecht" [115] der Aufsichtsbehörde erübrigt sich daher; denn statt eines kassatorischen Elements beinhaltet die Beanstandung lediglich den Befehl zur "Selbstberichtigung" [116].

4. Suspensiveffekt

Eine weitere mit der Beanstandung intendierte Rechtswirkung liegt in der Suspendierung des monierten Gemeindeaktes. Die GOBaWü [117], GONW [118], GOSaar [119] und GOSchHol [120] bestimmen ausdrücklich die aufschiebende Wirkung der Beanstandung. Soweit in den übrigen Ländern eine derartige Regelung fehlt, wird gleichwohl Suspensivwirkung angenommen [121].

a) Suspensiveffekt nach der VwGO

Aufschiebende Wirkung ist typische Folge von Widerspruch und Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Allerdings herrscht erheblicher Streit über den Charakter dieses Suspensiveffektes.

---

114) zu dieser Kritik: Bark S. 156

115) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 188

116) Triepel S. 642

117) § 121 Abs. 1 Satz 3 GO

118) § 108 Abs. 2 Satz 3 GO

119) § 126 Satz 2 GO

120) § 123 Satz 2 GO

121) ausdrücklich: Schlempp § 138 Anm. III; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 3; Vorbeck S. 57; Bark S. 156; Arthur Müller S. 41 f.; Maull S. 33

Das Bundesverwaltungsgericht [122] sieht dessen Sinn in der Verhinderung der Vollziehung des noch nicht rechtsbeständig gewordenen Verwaltungsaktes, nicht in der Beseitigung seiner Wirksamkeit. Auch die herrschende Literaturmeinung [123] vertritt die Ansicht, die aufschiebende Wirkung hemme lediglich die Vollziehung des angegriffenen Verwaltungsakts, beeinflusse dagegen nicht dessen Rechtswirksamkeit.
Nach EYERMANN-FRÖHLER [124] besteht die aufschiebende Wirkung darin, den "Verwaltungsakt bis auf weiteres als noch nicht wirksam zu behandeln". WOLFF-BACHOF [125] sehen einen Verwaltungsakt im Fall des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO in seinen Wirkungen "gehemmt". Schließlich wird die sogenannte "Als-ob-Theorie" [126] als Mittelmeinung zwischen Unvollziehbarkeitsauffassung und Unwirksamkeitslehre vertreten.

b) Suspensiveffekt der Beanstandung

Für die vorliegende Untersuchung braucht nicht auf diesen Meinungsstreit eingegangen zu werden; denn die aufschiebende Wirkung der Beanstandung ist wegen der völlig anderen Interessenlage atypisch und mit dem Wesen des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht vergleichbar. Der Sinn des verwaltungsprozessualen Suspensiveffektes besteht nämlich als Ausfluß des Art. 19 Abs. 4 GG in der Gewährung effektiven Rechtsschutzes [127]. Die Verwaltung soll an der Schaffung

---

122) Urt. v. 21. Juni 1961, VBerwGE 13, 1 (5 ff.); vgl. OVG Münster Urt. v. 29. Juli 1960, DÖV 1960, 914 (916); VGH BaWü Beschl. v. 3. Juni 1966, ESVGH 16, 183 (185 f.)

123) Redeker/V. Oertzen § 80 Rdnr. 1 m.w.N.

124) § 80 Rdnr. 4 m.w.N.; unentschieden: OVG Münster Beschl. v. 4. Okt. 1966, NJW 1967, 594

125) I § 50 I b 3 - d; diese Autoren differenzieren zwar Verbindlichkeit (= Wirksamkeit) und Vollziehbarkeit als Wesensmerkmale des VA; beide Eigenschaften sollen aber durch Rechtsbehelfe gem. § 80 VwGO gehemmt werden; vgl. Hans J. Wolff III § 161 V d

126) vgl. Eyermann-Fröhler a.a.O. m.w.N.

127) v. Mutius S. 190

irreversibler Tatsachen gehindert werden [128], die den Betroffenen bei obsiegendem Haupturteil lediglich auf Schadensersatz- und Folgenbeseitigungsansprüche verweisen [129]. Die aufschiebende Wirkung der Beanstandung verfolgt schon deshalb keine (eigenen) Rechtsschutzziele der Kommunalaufsichtsbehörde, weil diese in ihrer Rechtsstellung durch den inkriminierten Gemeindeakt gar nicht berührt wird. Vielmehr handelt es sich lediglich um ein zusätzliches Mittel der Rechtswahrungsaufsicht, das repressiv-korrektiv in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde eingreift.
Da in der Beanstandungsverfügung ein aufsichtsbehördlicher Befehl an die Gemeinde zur "Selbstberichtigung" [130] liegt, würde es den Zweck dieser Vorschrift als in der Intensität abgestuftes Aufsichtsmittel sprengen, wenn man eine Wirksamkeitshemmung annähme. Vielmehr folgt aus § 121 Abs. 2 GOBaWü sowie § 121 Satz 3 GORhPf, daß die Beanstandung lediglich die Vollziehbarkeit des angegriffenen Gemeindeaktes beseitigen soll, jedoch keine "unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung" [131] im Sinne einer Beseitigung der Rechtswirksamkeit entfaltet. Beanstandeter Beschluß bzw. beanstandete Verfügung bleiben bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ein Rechtsmittel der Kommune rechtsbeständig [132], also in ihrer Ausführbarkeit lediglich gehemmt [133]. Insoweit spricht die Aufsichtsbehörde das an die Gemeinde gerichtete Gebot aus, Einleitung oder Fortsetzung von Maßnahmen zum Vollzug der monierten Entschließung oder Verfügung zu unterlassen [134].
In diesem hoheitlich-verbindlichen Rechtsgebot äußert sich

---

128) Menger, Grundrechte S. 746

129) Redeker/v. Oertzen § 80 Rdnr. 1

130) Triepel S. 642

131) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 5; Günther Schmitt, System S. 230 Fußn. 2; Forsthoff, Lehrbuch S. 574

132) Schlempp § 138 Anm. III

133) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm a.a.O. Anm. I 1; a.A. Pagenkopf, Kommunalrecht S. 376; "Mit der Beanstandung hemmt die Aufsichtsbehörde eine gesetzwidrige kommunale Entscheidung."

134) Günther Schmitt a.a.O.

ebenfalls die Verwaltungsakteigenschaft der Beanstandung.

5. Rückgängigmachungsgebot

Die GOBaWü [135], GOHess [136], GONds [137], GORhPf [138], GOSaar [139] und GOSchHol [140] räumen den Aufsichtsbehörden das Recht ein, von den Gemeinden die Rückgängigmachung der aufgrund beanstandeter Beschlüsse oder Verfügungen getroffenen Maßnahmen zu verlangen [141].

Das Gebot zur Beseitigung der Rechtsfolgen und Ausführungen beanstandeter Kommunalakte [142] bedeutet eine Pflichtenauferlegung [143] und verdeutlicht damit den Charakter der Beanstandung als Verwaltungsakt.

6. Kritik an der Auffassung vom kommunalaufsichtlichen Verwaltungsakt

Bedenken gegen den Verwaltungscharakter der Beanstandung bestehen, wenn ihr unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verhältnisses von Staat und Gemeinden das Element der Außenwirkung fehlt.

Nach STIEFEL [144] "erscheinen die Akte der staatlichen Behörden in Ausübung der Staatsaufsicht über die Gemeinden als Vorgänge der inneren Willensbildung des Staates".

"... Auch die staatsaufsichtlichen Beanstandungen jeweils zur Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit der gemeindlichen

---

135) § 121 Abs. 1 Satz 2 GO

136) § 138 GO

137) § 130 Satz 2 GO

138) § 121 Satz 2 GO

139) § 126 Satz 1 GO

140) § 123 Satz 2 GO

141) eine derartige Regelung fehlt in Bay, Brh und NW

142) OVG Münster,Urt. v. 20. Aug. 1958, OVGE 14, 7; VG Düsseldorf Urt. v. 27. Juli 1967, Kottenberg-Steffens-Heinrichs § 108 Nr. 7; Zuhorn-Hoppe S. 317; Kottenberg-Rehn § 108 Anm. II 4; v. Loebell § 108 Rdnr. 8; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 5; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4

143) Günther Schmitt, System S. 230

144) DÖV 1960, 19 (20)

Selbstverwaltung gehören zu dieser Willensbildung. Streitigkeiten im Zusammenhang mit staatsaufsichtlichen Akten stehen daher der verfassungsrechtlichen Streitigkeit näher als der verwaltungsrechtlichen." In Konsequenz dieser Argumentation bezeichnet STIEFEL [145] gemeindeaufsichtliche Verfügungen wie die Beanstandung als "Akte sui generis".
Auf der gleichen gedanklichen Ebene bewegte sich ursprünglich das Oberverwaltungsgericht Münster [146], wenn es judizierte, die klageweise Erzwingung aufsichtsbehördlicher Maßnahmen "würde dem verfassungsmäßigen Organisationsprinzip zwischen Aufsichtsbehörden und Gemeinden widersprechen, das Klagen von Behörden untereinander, die im hierarchischen Behördenaufbau einander vor- und nachgeordnet sind, ausschließt".
Später hat derselbe Senat seine Rechtsprechung, daß nämlich "Vornahmeklagen der Gemeinden gegen die Kommunalaufsichtsbehörde unzulässig seien, weil die Beteiligten in einem hierarchischen Behördenverhältnis zueinander ständen", ausdrücklich aufgegeben [147].
Die damit alleinstehende Ansicht von STIEFEL über die Beanstandung als "Akt sui generis" hat insoweit untersuchungserhebliche Bedeutung, weil die Außenwirkung konstitutives Element des Verwaltungsaktes ist [148].
Wer in Beanstandungen "Vorgänge der inneren Willensbildung des Staates" erkennen will, gleichzeitig aber Streitigkeiten

---

145) a.a.O. (21)

146) Beschl. v. 18. Febr. 1953, OVGE 7, 62 (64)

147) OVG Münster Urt. v. 8. Juli 1959, OVGE 15, 87 (88)

148) So § 106 Abs. 1 LVwGSchHol: "... auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ..."; ebenso § 35 Satz 1 VwVfG; vgl. Kuhn § 106 Anm. 31 ff.; Meyer/Borgs § 35 Rdnr. 25 ff.; Knack § 35 Rdnr. 4.5; Eyermann-Fröhler § 42 Rdnr. 53; Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 32 ff.; a.A.: Menger VerwArchiv 56 (1965), 189 f.: das Erfordernis unmittelbarer Außenwirkung sei nicht zu bejahen, sondern als VA jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme anzusehen, die zur Regelung - sei es auch nur mittelbar - führe.

über derartige Aufsichtsakte in die Nähe des Verfassungsrechts rückt, argumentiert widersprüchlich. Denn die Annahme eines impermeablen Innenverhältnisses [149] schließt formalisierte Streitverfahren - seien sie verwaltungs- oder verfassungsrechtlicher Natur - begrifflich aus.
Zum anderen verkennt diese Ansicht die überragende Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG für das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinden.
Über die organisatorischen Beziehungen von Staat und Kommune herrscht Streit. Dabei überwiegt aber die Auffassung von der Einbingung der Gemeindekörperschaften in den Staatsverband [150]. Gleichwohl ist die Gemeinde nicht "verlängerter Arm der Staatsbehörden" [151]. Vielmehr räumt die grundgesetzliche Selbstverwaltungsgarantie in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen den Kommunen einen Betätigungsraum zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung mit ausschließlicher Zuständigkeit ein [152]. Wenn jedoch staatlicher und gemeindlicher Aufgabenbereich derart separiert sind, entfalten Beanstandungen der Aufsichtsbehörde die für den Begriff des Verwaltungsakts notwendige Außenwirkung, da sie vom staatlichen Zuständigkeitsbereich in den kommunalen übergreifen und somit das Selbstverwaltungsrecht tangieren [153].

---

149) zur Impermeabilitätslehre: Rupp S. 19 ff.; vgl. Schnapp DÖV 1971, 659 (662), Fußn. 40

150) Köttgen HKWP I S. 217: "institutionelle Synthese"; Wolff-Bachof II § 84 IV b: "(freie) Glieder"; vgl. weiter: Forsthoff, Lehrbuch S. 478 m.w.N. in Fußn. 2; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 371; Stern, in: Bonner Kommentar Art 28 Rdnr. 83 ff.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 63 f. läßt die Aufgaben der Gemeinden "ebenbürtig" neben denen des Staates stehen; Jesch DÖV 1960, 739 (742 ff.) spricht davon, die Einfügung der Gemeinden in den staatlichen Instanzenzug sei beseitigt; vgl. auch Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (157)

151) so zutreffend Jesch a.a.O. (740); anders: Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 Rdnr. 38

152) BVerfG Beschl. v. 12. Juli 1960, BVerfGE 11, 266 (275 f.); Wolff-Bachof II § 85 I b 2; Schnapp DÖV 1971, 659 (662)

153) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Anhang zu § 32 VI 1; Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 33; Schnapp a.a.O.; vgl. auch BVerwG Urt. v. 29. Okt. 1963, BVerwGE 17, 87 (90 f.)

7. Zwischenergebnis

In historisch-interpretativer Hinsicht muß das Beanstandungsverfahren seit 1881 als Verwaltungsverfahren bezeichnet werden.

Der Beanstandungsausspruch stellt als Rechtsrüge einen Verwaltungsakt der Staatsaufsichtsbehörde mit Außenwirkung gegenüber der Gemeinde als Beanstandungsadressat dar.

Die intendierten Rechtswirkungen der Beanstandung bestehen

(1) in der selbständigen positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit des monierten Gemeindevorganges,

(2) in einem an die Gemeinde gerichteten Gebot zur Aufhebung dieses Beschlusses oder dieser Verfügung,

(3) in der Suspendierung, d.h. der Vollziehbarkeitshemmung des bemängelten Gemeindeaktes sowie

(4) im Gebot zur Rückgängigmachung der aufgrund beanstandeter Beschlüsse oder Verfügungen hin getroffenen Maßnahmen.

§ 7 Materielle Voraussetzungen der Beanstandung

I. Gegenstand der Beanstandung

1. Gesetzliche Regelung

Die Gemeindeordnungen gliedern die der Beanstandung unterliegenden Gemeindevorgänge in Beschlüsse [1] einerseits sowie Anordnungen [2], andere Maßnahmen [3] bzw. Verfügungen [4] andererseits. Eine unmittelbare allgemeingültige Erklärung für diese Unterscheidung ist nicht ersichtlich. Jedoch deuten die Regelungen in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland darauf hin, daß der Ausdruck Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse die Willensentschließungen gemeindlicher, demokratisch legitimierter Kollegialorgane bezeichnet. In diesen Ländern bestehen die beschlußfassenden Gemeinderäte "aus den von den Bürgern in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und freier Wahl gewählten Mitgliedern" [5]. Demgegenüber deutet die Formulierung "Maßnahmen der Gemeindeverwaltung" in § 121 Satz 1 GORhPf an, daß es sich hier um Exekutivakte handelt.

2. Erweiterung der Beanstandungsgegenstände durch Rechtsprechung und Literatur

Nach Ansicht des Schrifttums unterliegt die Unterscheidung von Beschlüssen und Anordnungen [6] begrifflich der Or-

---

1) so übereinstimmend Art. 112 Satz 1 GOBay; §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 66 VerfBrh, 138 GOHess, 130 Satz 1 GONds, 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol; § 108 GONW ist eine aufsichtsbehördliche Beanstandung von Beschlüssen - de lege lata - fremd.

2) §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 66 VerfBrh, 138 GOHess, 108 Abs. 2 Satz 1 GONW, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol

3) §§ 130 Satz 1 GONds, 121 Satz 1 GORhPf

4) Art 112 Satz 1 GOBay

5) so § 32 Abs. 1 GOSaar; vgl. auch §§ 27 Abs. 2 Satz 2, 29 Abs. 1 Satz 1 GONW, 29 Abs. 1 Satz 1 GORhPf

6) im folgenden soll die Formulierung "Anordnungen" synonym für "Maßnahmen" und "Verfügungen" Verwendung finden.

gankompetenz: Im ersteren Fall sei die Zuständigkeit kollegialer Organe begründet, im zweiten Fall diejenige von Einzelorganen [7].

a) Beschlüsse

Beanstandungsfähige Beschlüsse sind demnach alle "internverbindlichen Entschließungen" [8] des Gemeinderats und seiner Ausschüsse, kurz alle "Willensbildungsakte" [9]. Die Aufsichtsbehörde kann auch sogenannte Parteierklärungen beanstanden; dazu zählen Beschlüsse, bei denen sich die Gemeinde einem anderen gegenüber "auf dem Boden der Gleichordnung bewegt" [10]. Die differenzierende Ansicht von HELMREICH-WIDTMANN [11], dies gelte nicht, wenn der durch den rechtswidrigen Gemeindebeschluß Beeinträchtigte selbst die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes habe, ist abzulehnen. Wenn sich die Kommune im Rechtsverkehr mit Privaten auf die Koordinationsebene begibt, so besteht der Beanstandungsanlaß zum Beispiel nicht im beiderseitigen Verstoß gegen die guten Sitten mit der Folge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (§ 138 BGB) [12], sondern in der eindeutigen Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflichten, Gemeindevermögen zu erhalten und nicht zu verschenken (vgl. Art. 61 GOBay) [13].

---

7) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375; derselbe, Einführung S. 266; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2

8) Heermann S. 187

9) Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 2; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 2

10) Masson-Samper Art 112 Rdnr. 4; Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 4

11) a.a.O.

12) vgl. BGH Urt. v. 7. März 1962, DÖV 1962, 958

13) vgl. BVerwG Beschl. v. 22. Jan. 1971, DVBl 1971, 213; Masson-Samper a.a.O.; Prandl/Zimmermann Art. 112 Anm. 3; auch Salzwedel, in: Loschelder/Salzwedel S. 290: "Bei kommunalen Willensentscheidungen, die durch Außenakte verwirklicht werden müssen, erfaßt die Beanstandung im Zweifel nur die Willensentscheidung selbst ...".

Beschlüsse im Sinne der Beanstandungsvorschriften sind auch Rechtsetzungsakte im eigenen Wirkungskreis [14], wobei es keine Rolle spielt, ob etwa der Erlaß von Satzungen unter dem Vorbehalt rechtsaufsichtlicher Genehmigung steht [15].

Gleichfalls kann die Rechtsaufsichtsbehörde Wahlen monieren [16]. Der Beanstandung unterliegen Beschlüsse "in einem umfassenderen Sinne, als er für die Abstimmung bei Beschlußfassungen Geltung beansprucht" [17]. Die Aufgabe dieses Kommunalaufsichtsmittels besteht darin, die Verwaltung der Gebietskörperschaften in deren eigenen Angelegenheiten auf Rechtsverstöße hin zu überprüfen. Das Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3) bindet die Exekutive an Recht und Gesetz. Beschlüsse sind daher Willensbildungsakte im weitestens Sinne, auch Wahlen [18].

Sogar Losentscheide [19] können zum Gegenstand von Beanstandungen gemacht werden. Losentscheide stellen keine willensunabhängige Zufallsentscheidung dar, sondern bedeuten "rechtlich relevantes Handeln des Rates oder eines Ausschusses mit Entscheidungsbefugnis. Der Losentscheid ist nur eine besondere Form der Stichwahl bei Stimmengleichheit, eine Fortsetzung einer unentschieden

---

14) Obermayer, in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 478; Hölzl Art. 112 Anm. 3; Masson-Samper a.a.O.; Prandl/Zimmermann a.a.O.

15) Schuegraf BayVBl 1964, 103 (104); Schlempp § 138 Anm. I

16) prOVG Urt. v. 22. Sept. 1931, PrOVGE 88, 84; BayVGH Urt. v. 13. März 1955, AS 8, 42; BayVGH Urt. v. 5. Dez. 1957, AS 11, 10; Obermayer a.a.O.; Gönnenwein Gemeinderecht S. 187, Fußn. 16; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375; Masson-Samper a.a.O.; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 4; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2; Schlempp § 138 Anm. I

17) OVG Lüneburg Urt. v. 20. Febr. 1959, DVBl 1959, 862 (863)

18) so OVG Lüneburg a.a.O.

19) z.B. gem. §§ 32 Abs. 2 Satz 4 2. Halbsatz, 35 Abs. 3 Satz 4 GONW

ausgegangenen Wahl mit anderen Mitteln" [20].
Zweifel bestehen, ob Entschließungen der sogenannten Bürgerversammlung [21] kommunalaufsichtlicher Beanstandung unterliegen. Nach Schweizer Vorbild findet sich das Institut der Bürgerversammlung als eine abgeschwächte Form unmittelbarer Demokratie; die Bürgerversammlung kann keine verbindlichen Beschlüsse fassen, spricht vielmehr nur Empfehlungen, Vorschläge oder Anregungen aus und dient letztlich der Information der Bürger [22]. Die schlichte Beratungsfunktion derartiger Entschließungen spricht bereits gegen deren Beanstandungsfähigkeit, zumal die Gemeindeordnung Baden-Württemberg [23] und Rheinland-Pfalz [24] den Gemeindeparlamenten keine Pflicht auferlegen, sich mit diesen Empfehlungen auseinanderzusetzen.
Eine solche Pflicht zur Behandlung schafft jedoch Art. 18 Abs. 4 Satz 1 GOBay. Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinde, deren Erfüllung mit rechtsaufsichtlichen Mitteln erzwungen werden kann [25]. Diese Behandlungspflicht kennzeichnet den intern verbindlichen Charakter der in Bürgerversammlungen beschlossenen Empfehlungen, so daß in Bayern Beanstandungsfähigkeit bejaht werden muß [26].

---

20) OVG Münster Urt. v. 29. März 1967, OVGE 23, 124 (127); der Leitsatz Nr. 2 lautet: "Nicht nur der Beschluß, das Los entscheiden zu lassen, sondern auch der Losentscheid selbst kann (als "Beschluß" im weiteren Sinne) vom Gemeindedirektor beanstandet werden."

21) offengelassen bei: Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 2

22) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 207; Helmreich-Widtmann Art 18 Anm. 9; Masson-Samper Art. 18 Rdnr. 20; Hölzl Art. 18 Anm. 6; Hofmann-Beth-Dreibus § 16 Anm. 2; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 20a Anm. IV

23) § 20a Abs. 4

24) § 16 Abs. 4

25) Hölzl a.a.O.; Masson-Samper a.a.O.; Prandl/Zimmermann Art 18 Anm. 15

26) Helmreich-Widtmann a.a.O. räumen dem ersten Bürgermeister "das Recht und die Pflicht, einen rechtswidrigen Beschluß der Bürgerversammlung zu beanstanden ...," ein.

Auch der sogenannte Bürgerentscheid [27] unterliegt der Beanstandung [28], da ihm die rechtlichen Wirkungen eines qualifizierten Gemeinderatsbeschlusses zukommen [29]. Beim Bürgerentscheid dient die Formstrenge der Verhinderung einer Beeinflussung des Abstimmungsergebnisses. Dementsprechend liegt Beanstandungsfähigkeit vor, wenn bei der Durchführung des Bürgerentscheids oder bei der Auszählung und Feststellung seines Ergebnisses schwerwiegende Verfahrensfehler unterlaufen sind [30].

b) Anordnungen

Die exakte Bestimmung der Gesetzesterminologie "Anordnung" bereitet Schwierigkeiten.

Teilweise wird auf die Zuständigkeit des handelnden Gemeindeorgans abgestellt; den Kollegialorganen werden die "Beschlüsse", den Einzelorgangen die "Anordnungen" zugewiesen [31]. Andere sehen in "Beschlüssen" sogenannte Willensbildungsakte [32] bzw. Willenserklärungen [33], in Anordnungen dagegen vollzogene Rechtshandlungen [34]. Wieder andere verstehen den für "Anordnung" synonymen Begriff "Verfügungen" in Art. 112 Satz 1 GOBay im verwaltungsrechtlichen Sinn als "Unterfall des Verwaltungsaktes" [35]: Voraussetzung sei eine hoheitliche Maßnahme zur Regelung

---

27) vgl. § 21 GOBaWü

28) so VGH BaWü Urt. v. 14. Nov. 1974, DVBl 1975, 552, dessen Leitsatz Nr. 3 lautet: "Die Beanstandung eines Bürgerentscheids wegen Rechtsfehler beschränkt sich auf die Feststellung, daß der Bürgerentscheid rechtswidrig (daher nichtig) ist. Eine Aufhebung des Bürgerentscheids durch ein Gemeindeorgan ist weder notwendig noch möglich."

29) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 210; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 21 Anm. VI 3

30) VGH BaWü a.a.O. (554)

31) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm I 2

32) Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 2; Heermann S. 187

33) Schlempp § 138 Anm. I

34) Schlempp a.a.O. (S 568)

35) Masson-Samper Art. 112 Rdnr. 5; so auch Hölzl Art 112 Anm. 3

eines Einzelfalles auf öffentlich-rechtlichem Gebiet. Die Beschränkung des Begriffes "Anordnungen" auf Einzelfallregelungen im öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnis kann aus zwei Gründen nicht überzeugen. Zum einen verkennt diese Ansicht, daß regelmäßig Rechtswidrigkeiten der Gemeinde im Privatrechtsverkehr mit Rechtsverstößen im öffentlichen Recht zusammenfallen. Die Vorschriften über den Umgang mit Gemeindevermögen (vgl. Art. 61 GOBay) verdeutlichen dies [36)37)]. Zum anderen folgt aus dem Sinn des Beanstandungsrechts, daß jede Einschränkung seiner Gegenstände systemwidrig wäre; denn im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG darf die legalitätskontrollierende Tätigkeit der Kommunalaufsichtsbehörden keinen Grenzen unterliegen. Da der Begriff "Beschlüsse" wegen seines Charakters kollegialer Willensbildung gesetzesterminologisch und gesetzessystematisch festgelegt ist, dürfte dem Tatbestandsmerkmal "Anordnung" subsidiäre Bedeutung mit Auffangfunktion zukommen.
Somit spielt es keine Rolle, auf welchem Rechtsgebiet - sei dies bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur - eine Anordnung ergeht [38)].
Wegen der Irrelevanz ihres Inhalts kann die Anordnung in zivilrechtlichen Willenserklärungen ebenso bestehen wie in Verwaltungsakten.

2. Beschlüsse von Ausschüssen

Soweit kollegiale Willensentschließungen nicht von den Gemeinderäten, sondern von Ausschüssen stammen [39)], schafft nur ihre Ausstattung mit Entscheidungsbefugnis Beanstandungsfähigkeit [40)]; es muß sich also um sogenannte

---

36) dazu: BVerwG Beschl. v. 22. Jan. 1971, DVBl 1971, 213

37) Masson-Samper a.a.O. erkennen die Möglichkeit koinzidierender Verletzungen des bürgerlichen und öffentlichen Rechts an.

38) Lüersen-Neuffer § 130 Rdnr. 3; Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 2

39) vgl. ausdrücklich §§ 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar

40) Zuhorn-Hoppe S. 314; Rauball § 108 Anm. 1; Henn-Köth § 122 Rdnr. 4

Beschlußausschüsse mit eigener Entscheidungskompetenz handeln [41]. Die nicht mit Regeln der Verbindlichkeit ausgestatteten Beschlüsse stellen bloße Vorschläge oder Empfehlungen ohne Beanstandungsfähigkeit dar.

3. Negative Beschlüsse

Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung [42] den nur negative Wirkung entfaltenden Willensentschließungen kollegialer Gemeindegremien jede Beanstandungsfähigkeit abgesprochen. Negativ sind solche Beschlüsse, die sich in der Weigerung erschöpfen, tatsächliche oder rechtliche Zustände zu ändern; sie lauten auf Ablehnung entsprechender Änderungsanträge [43]. Das Preußische Oberverwaltungsgericht stützt seine Rechtsprechung auf die jeweilige Untersuchung, ob durch den Beschluß in irgendeiner Weise der bestehende Zustand geändert und etwas inhaltlich Neues erzwungen werden sollte [44]. Diese Auffassung gibt zweifachen Anlaß zu Bedenken. Einmal wechselt das Preußische Oberverwaltungsgericht konkludent die Gegenstände der Beanstandung aus, wenn es nicht mehr auf die gemeindliche Willensentschließung abstellt, sondern auf die mit ihr beabsichtigten Verhaltensfolgen. Als Institut ausschließlicher Legalitätskontrolle darf sich die Beanstandung nur gegen einen rechtserheblichen

---

41) die Möglichkeit zur Bildung beschließender Ausschüsse schaffen: § 39 GOBaWü, Art. 32 GOBay, §§ 34 VerfBrh, 62 GOHess, 28 Abs. 2 GONW, 44 GORhPf, 49 GOSaar, 45 Abs. 3 GOSchHol

42) Urt. v. 9. März 1915, prOVGE 69, 240 (242 f.); Urt. v. 16. Dez. 1930, RuPrVBl Bd. 52 (1931), 616

43) Heermann S. 187; Schlempp § 138 Anm. I; a.A.: Bark S. 53: danach sind negativ "diejenigen Beschlüsse, die ein Unterlassen fordern". Diese Perspektive trifft nicht zu: Beanstandungsgegenstand ist (hier) der Beschluß des Kollegialorgans, nicht das mit dem Beschluß intendierte Tun, Dulden oder Unterlassen.

44) Arthur Müller S. 31

Akt richten, nicht aber gegen eine gemeindliche Untätigkeit [45]. Auch in negativen Beschlüssen manifestieren sich folgewirksame und daher beanstandungsfähige Ansichten sowie Absichten. Diese "Manifestation" [46] als Regelungsinhalt negativer Willensentschließungen unterliegt der Beanstandung.
Zum anderen darf die im Beanstandungsrecht ausgeübte Gesetzmäßigkeitskontrolle [47] nicht gering geachtet werden. Da negative Beschlüsse keine (positiven) Rechtsfolgen aussprechen, können sie auch nicht mit materiell-rechtlichen Fehlern behaftet sein; trotz mangelnder Sachentscheidung können sie aber formelle Mängel aufweisen. Unter genügender Beachtung des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) müssen diese Fehlerhaftigkeiten, zumal im Verfahren kollegialer Gemeindeorgane, der kommunalaufsichtlichen Beanstandung unterliegen [48].

4. Nichtige Beschlüsse

Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung [49] ebenfalls solche Beschlüsse für nicht anfechtungsfähig erachtet, "die unangefochten keine positive Wirkung äußern" [50]. Es handelt sich dabei um Willensentschließungen mit offenkundiger schwerwiegender Fehlerhaftigkeit und daher Nichtigkeit [51]. Preußisches Oberverwaltungsgericht und Schrifttum [52] begründen die

---

45) insofern auch unzutreffend Arthur Müller a.a.O., der auf die "negative Wirkung" der Beschlüsse abstellt, die "an dem bestehenden Zustand nichts ändern".

46) Schlempp a.a.O.

47) statt vieler: Gönnenwein, Gemeinderecht S. 187

48) so im Ergebnis: Heermann S. 187; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2

49) Arthur Müller S. 29 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen

50) Urt. v. 9. März 1915, prOVGE 69, 240 (242 ff.)

51) vgl. für den VA (Nichtigkeit): § 44 Abs. 1 VwVfG; § 113 Abs. 1 LVerwG SchlHol; Eyermann-Fröhler Anhang zu § 42 Rdnr. 1 ff.; Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 70 ff.

52) Arthur Müller S. 29 m.w.N.

Ablehnung jeder Anfechtbarkeit im wesentlichen damit, der Beanstandungsverfügung und der gegebenenfalls anschließenden Verwaltungsgerichtsentscheidung würde "lediglich theoretische Bedeutung" zukommen. Diese Rechtsansicht kann einen Anspruch auf Richtigkeit nicht mehr erheben. Selbst wenn eine hoheitliche Maßnahme evident rechtsfehlerhaft ist und damit als rechtliches nullum keinerlei Wirkungen entfaltet, kann sie gem. § 43 Abs. 2 VwGO Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage sein [53]. Diese Vorschrift wahrt das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers, dem nicht zugemutet werden kann zu entscheiden, ob er mit der Anfechtungsklage einen bloß fehlerhaften (§ 42 Abs. 1 VwGO) oder mit der Feststellungsklage einen Nicht-Verwaltungsakt (§ 43 Abs. 1 VwGO) angreifen muß. Fehlen auch wegen evidenter Mängel Rechtsfolgen, so spricht doch der durch Einsatz staatlicher Autorität entstandene Rechtsschein für die Wirksamkeit der intendierten Rechtsfolgen [54]. Schafft aber § 43 VwGO als Ausfluß des Art. 19 Abs. 4 GG dem Bürger die Möglichkeit, diesen Rechtsschein zu beseitigen, so muß auch die Kommunalaufsichtsbehörde das Recht haben, nichtige Beschlüsse zu beanstanden [55].

Diese Beanstandung hat nicht lediglich formalen Charakter [56]; sie spricht auch nicht rein deklaratorisch die Nichtigkeit aus [57]. Die für die Eigenschaft als Verwaltungsakt konstitutiven Elemente bestehen zum einen in dem an die Gemeinde gerichteten Gebot zur Nichtigkeitserklärung und damit formellen Beseitigung [58], zum anderen im Gebot

---

53) Eyermann-Fröhler § 43 Rdnr. 21 f.; Bark S. 36

54) Günther Schmitt S. 228; Bark a.a.O.

55) Günther Schmitt a.a.O. m.w.N.; Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 3; Schlempp § 138 Anm. I; Prandl/Zimmermann Art. 112 Anm. 3; Heermann S. 189

56) vgl. Henn/Köth § 122 Rdnr. 6

57) Heermann S. 190 m.w.N. in Fußn. 2; unklar: Salzwedel VVDStRL Bd. 22 (1965), 206 (250)

58) Günther Schmitt a.a.O.; in diesem Gebot bestätigt sich deutlich der Selbstberichtigungscharakter der Beanstandung

zur Rückgängigmachung eventuell auf der Grundlage des nichtigen Beschlusses vollzogener Maßnahmen.

5. Beschlüsse politischen oder ähnlichen Inhalts

Das Preußische Oberverwaltungsgericht [59] hat mehrfach solchen Entschließungen die Beanstandungsfähigkeit abgesprochen, die in Form von Beschlüssen, Willenserklärungen, Rechtsansichten oder Meinungskundgaben ergehen. Zur Begründung wurde angeführt, die Bedeutung derartiger Beschlüsse erschöpfe sich in rein deklaratorischen Wirkungen; eine Beanstandungsverfügung gehe ins Leere, da die Ausführung dieser Beschlüsse mit ihrer Kundgabe zusammenfiele. ARTHUR MÜLLER [60] kritisiert diese Rechtsprechung, indem er die Erschöpfung der gesamten Beschlußbedeutung in der Feststellungs- und Kundgabewirkung bezweifelt; gerade die Rechtsauffassung eines Beschlußorgans entfalte tendenzielle (positive) Wirkung für die Zukunft.
Die Literatur [61] lehnt heute überwiegend die Beanstandungsfähigkeit bloßer Meinungsäußerungen oder Kundgaben politischer bzw. rechtlicher Ansichten ab.
Die Frage kommunalaufsichtlicher Beanstandungsfähigkeit politischer Meinungsäußerungen gemeindlicher Kollegialorgane gewinnt bisweilen Aktualität. So beschloß Ende 1973 der Rat der nordrhein-westfälischen Stadt Bielefeld den Abbruch aller Geschäftsbeziehungen zu einer westdeutschen Großbank, deren Chile-Repräsentant in einem Vortrag erklärt hatte, die chilenische Militär-Junta verhalte sich in der Regel korrekt [62].

---

59) vgl. Bark S. 30 f., Nachweise in Fußn. 29-31

60) s. 31

61) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2; Masson-Samper Art. 112 Anm. 5; Dallmayer S. 66; a.A.: Schlempp § 138 Anm. I mit ähnlicher Begründung wie Bark a.a.O.: die Manifestation politischer Ansichten und Absichten könne Folgewirkungen erzeugen.

62) vgl. Bericht in der "Frankfurter Allgemeine Zeitung" vom 21. Nov. 1973: "SPD boykottiert Dresdner Bank"

Zwar stellte der Beschluß seinen äußeren Auswirkungen nach eine Maßnahme im privat-rechtlichen Bereich dar, deren Beanstandungsfähigkeit noch grundsätzlich zu untersuchen sein wird. In der Sache bedeutete der Beschluß jedoch eine politische Demonstration gegen das Militär-Regime in Chile. Damit hebt sich die Ratsentscheidung zweifach von normalen fiskalentscheidungen ab: Einmal enthält sie eine politische Meinungsäußerung eines Trägers öffentlicher Verwaltung in auswärtigen Angelgenheiten, zum anderen auch eine zivil-rechtliche Sanktion gegen Meinungsäußerungen, die den Grundrechtsschutz des Art. 5 Abs. 1 GG beanspruchen können. Aus der Tatsache der öffentlichen Berichterstattung folgt eine erheblich politische Brisanz, die dem Beschluß des Rates der Stadt Bielefeld über den Gesichtspunkt fiskalischer Rechtsbeziehungen hinaus Bedeutung verleiht. Gleichwohl unterliegen bloße Meinungsäußerungen nicht der Beanstandung. Das hiergegen gerichtete Argument, derartige Entäußerungen entfalteten tendenzielle Zukunftswirkung [63], läßt erkennen, daß sich zwangsläufig die Beanstandung von einem "repressiven (korrektiven) Aufsichtsmittel" [64] zu einem präventiven Bevormundungsinstrument wandeln würde. Denn Beanstandungsanlaß wäre keine aktuelle Rechtswidrigkeit, sondern eine prognostizierte Folgewirkung des bemängelten Beschlusses. Diese Wandlung wäre aber im Hinblick auf das abgestufte Gefüge der Kommunalaufsichtsmittel [65] systemwidrig.

6. Unausführbare und vollzogene Beschlüsse bzw. Anordnungen

Während hier früher Beanstandungsfähigkeit abgelehnt wurde, nehmen Rechtsprechung und Schrifttum heute weitgehend an, daß auch unausführbare und selbst vollzogene Gemeindeakte

---

63) Arthur Müller S. 31; Schlempp a.a.O.

64) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 187

65) Salzwedel VVDStRL Bd. 22 (1965), 206 (245 ff.); Gönnenwein a.a.O. S. 183; Forsthoff, Lehrbuch S. 673; Wolff-Bachof II § 77 II d

kommunalaufsichtlich gerügt werden können.

a) Unausführbarkeit

Das Preußische Oberverwaltungsgericht hielt in ständiger Rechtsprechung [66] solche Beschlüsse für nicht beanstandungsfähig, denen jede Ausführbarkeit, d.h. Vollziehbarkeit fehlt. Die wesentliche Begründung bestand in der Vermutung, der Gesetzgeber habe den für das Beanstandungsverfahren komplizierten Verwaltungsapparat nicht geschaffen, um "theoretische Doktorfragen" zu lösen [67]. Die kommunalrechtliche Literatur hat sich der Rechtsprechung angeschlossen [68]. Demgegenüber vertrat das sächsische Oberverwaltungsgericht die Ansicht, die Beanstandung setze keine Vollzugsfähigkeit des bemängelten Gemeindeaktes voraus [69].
Dieser Meinungsstreit ist dahin aufzulösen, daß auch unausführbare Beschlüsse und Anordnungen beanstandet werden können [69a].
Die Beanstandung dient der Wahrung des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG). Gegen diesen Grundsatz verstößt jeder rechtswidrige Beschluß, dessen Existenz durch mangelnde Vollziehbarkeit nicht in Frage gestellt wird. Die Kommunalaufsichtsbehörde ist zur objektiven Rechtskontrolle berufen und - im Gegensatz zum Gemeindedirektor bzw. Bürgermeister - nicht selbst Vollzugsorgan. Ein Identifikationskonflikt [70], wie er dem Hauptverwaltungsbeamten droht, scheidet bei der Aufsichtsbehörde begrifflich aus.
Gegen diese Ansicht, daß auch vollzugsunfähige Gemeindeakte der Beanstandung unterliegen, kann nicht der Wortlaut

---

66) Arthur Müller S. 29 Fußn. 25; Maull S. 30 Fußn. 27, jeweils m.w.N.

67) Bark S. 41 m.w.N. in Fußn. 2

68) Arthur Müller a.a.O.; Maull a.a.O.

69) Urt. v. 10. Okt. 1928, AS Bd. 22 S. 194; Urt. v. 24. März 1933, AS Bd. 23 (25)

69a) Bark S. 155, Schlempp § 138 Anm. I

70) Heermann S. 187

der Gemeindeordnungen eingewendet werden, die verschiedentlich von der "aufschiebenden Wirkung" [71] der Beanstandung sprechen. Denn das Argument der Gegenmeinung, sonst müsse es "aufhebende Wirkung heißen" [72], verkennt den Charakter der Beanstandung als Befehl zur Selbstberichtigung.

b) Vollzug

Auch bereits ganz oder teilweise vollzogene Beschlüsse und Anordnungen können beanstandet werden. Das ergibt sich aus dem Wortlaut einiger Gemeindeordnungen, den die Aufsichtsbehörden neben dem Rügerecht die selbständige Befugnis einräumen, den Gemeinden die Rückgängigmachung der aufgrund rechtswidriger Beschlüsse oder Anordnungen getroffenen Maßnahmen zu gebieten [73].

Früher wurde die Auffassung vertreten, diejenigen Beschlüsse unterlägen nicht der Beanstandung, deren Vollzug in einem einzigen Umsetzungsakt erfolge und keine künftigen Dauerwirkungen entfalte [74]. Diese Meinung kann vor dem Hintergrund des durch die kommunalaufsichtliche Beanstandung verwirklichten Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) keinen Anspruch auf Richtigkeit mehr erheben [75].

Fraglich scheint allerdings die Beanstandungsfähigkeit irreversibel vollzogener Beschlüsse; denn mangels Revidierbarkeit würde der an die Gemeinde gerichtete Selbstberichtigungsbefehl ins Leere gehen. Früher wurde teilweise die

---

71) §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 108 Abs. 2 Satz 3 GONW, 126 Satz 2 GOSaar, 123 Satz 2 GOSchHol

72) vgl. die Formulierung bei Bark S. 42 mit Nachweisen in Fußn. 5 und 6

73) §§ 121 Abs. 1 Satz 2 GOBaWü, 138 GOHess, 130 Satz 3 GONds, 121 Satz 2 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 3 GOSchHol

74) Arthur Müller S. 32 ff. m.w.N.; Maull S. 30, insbesondere Fußn. 33

75) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2; Heermann S. 190; Schlempp § 138 Anm. I; Kottenberg-Rehn § 108 Anm. IV

Auffassung vertreten, in einem solchen Falle fehle dem Beanstandungsrecht der "praktische Sinn" [76].
Rechtsprechung [77] und Schrifttum [78] setzen für die Beanstandung eines vollzogenen Gemeinderatsbeschlusses nicht voraus, daß seine Folgen rückgängig gemacht werden können. Allerdings unterscheiden sich die Begründungen der Rechtsprechung; während das Verwaltungsgericht Düsseldorf [79] für die Beanstandungsfähigkeit irreversibel vollzogerner Beschlüsse das Kriterium der grundsätzlichen oder klärenden Bedeutung der Beschlußaufhebung heranzieht, stellt das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz [79] - weitaus überzeugender - auf die unterschiedlichen Elemente des Beanstandungsaktes ab. Das Gebot zur Rückgängmachung aufgrund rechtswidriger Beschlüsse getroffener Maßnahmen stehe selbständig neben der Befugnis zur Rechtsrüge; die Aufsichtsbehörde könne selbst "den Umfang der aufsichtsbehördlichen Maßnahmen" bestimmen und demgemäß entscheiden, ob sie "bloß" beanstande, d.h. Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses verlange, oder "außerdem" Rückgängigmachung vollzogener Beschlußmaßnahmen gebiete.
Diese Auffassung verdient Zustimmung. Zum einen besteht zwischen Rechtsrüge und Rückgängigmachungsbefehl keine eigengesetzliche Automatik. Vielmehr handelt es sich um zwei selbständige Teile [80] des Beanstandungsrechtes im weiteren Sinne. Die Kommunalaufsichtsbehörde kann daher aus grundsätzlichen Erwägungen (z.B. präjudizieller Art) die Rechtsfehlerhaftigkeit bemängeln und Aufhebung des inkriminierten Beschlusses durch die Gemeinde anordnen,

---

76) Kottenberg-Rehn (6. Aufl., 1961) § 108 Anm. III Abs. 4; die Autoren haben ihre damalige Auffassung inzwischen aufgegeben.

77) VG Düsseldorf Urt. v. 27. Juli 1967, Kottenberg-Steffens-Heinrichs § 108 Nr. 7; OVG Rheinland-Pfalz Urt. v. 1. Juli 1974 (7 A 16/72)

78) Henn/Köth § 122 Rdnr. 6; Kottenberg-Rehn § 108 Anm. IV; a.A.: Heermann S. 190: bei unrevidierbarem Beschlußvollzug sei die Beanstandungsverfügung nichtig

79) vgl. Fußn. 77 a.a.O.

80) Günther Schmitt, System S. 229 m.w.N.; v. Loebell § 108 Rdnr. 5

gleichzeitig aber vom Gebot der Rückgängigmachung absehen [81]. Zum anderen drückt sich - wie schon wiederholt dargetan - im Beanstandungsrecht die Pflicht der Aufsichtsbehörden aus, darüber zu wachen, daß die Gemeinden bei der Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts die gesetzlichen Schranken wahren. Der - selbst irreversible - Vollzug beseitigt die fortwirkende Rechtswidrigkeit des beanstandeten Beschlusses nicht, so daß Rechtsrüge und Aufhebungsgebot als Teilaspekte der Beanstandung auch weiterhin die Funktion des repressiv-korrektiven Aufsichtsmittels wahrnehmen.
Schließlich "weist die Beanstandung eine gewisse Ähnlichkeit mit einem verwaltungsgerichtlichen Urteil auf, durch das ein rechtwidrig belastender Verwaltungsakt lediglich aufgehoben wird, ohne daß damit zugleich notwendigerweise etwaige Vollzugsmaßnahmen beseitigt werden" [82]. In der sogenannten Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO kommt gleichfalls die Möglichkeit zum Ausdruck, sich trotz Vollzuges gegen einen Hoheitsakt zu wenden [83].

II. Rechtswidrigkeit des Beanstandungsgegenstandes

Die aufsichtsbehördliche Beanstandungstätigkeit setzt als zweites voraus, daß der angegriffene Beschluß bzw. die bemängelte Anordnung rechtswidrig ist [84], d.h. Gesetz [85] und geltendes Recht [86] verletzt. Die unterschiedlichen Terminologien sind wegen Art. 20 Abs. 3 GG bedeutungslos.

---

81) so Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4

82) OVG Rheinland-Pfalz a.a.O. (S. 14)

83) vgl. zum Problem § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO und Erledigung durch Vollzug des VA: OVG Münster Urt. v. 27. Okt. 1971, OVGE 27, 138; Eyermann-Fröhler § 113 Rdnr. 39

84) Art. 112 Satz 1 GOBay

85) §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 130 Satz 1 GONds

86) §§ 66 VerfBrh, 138 GOHess, 108 Abs. 2 Satz 1 GONW, 121 Satz 1 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 1 GOSchHol

Kommunalaufsicht und mit ihr die Beanstandung haben ihre verfassungsrechtliche Fixierung als Mittel zur Legalitätskontrolle nicht in Art. 28 GG, sondern in den Verfassungen der Länder gefunden [87]. Die inhaltliche Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Rechtmäßigkeitsüberwachung wird nicht bestritten [88].

1. Begriff der Rechtswidrigkeit

MENGER [89] definiert Rechtswidrigkeit als "Verletzung objektiven Rechts", die durch den formellen Erzeugungs- bzw. Weiterentwicklungsvorgang oder den materiellen Inhalt geschieht. Erkenntnisgrund für das Recht sind die sogenannten Rechtsquellen [90].

Bei der Untersuchung, ob gemeindliche Beschlüsse oder Anordnungen rechtswidrig sind, bedarf es also zunächst der positiven Feststellung, welche Rechtsquelle [91] sie verletzen. Hier kommen alle Willensakte von Gesetzgebungsorgangen in Betracht, die in einem verfassungsmäßigen förmlichen Gesetzgebungsverfahren zustandegekommen sind [92]. Dazu zählen das Verfassungsrecht sowie alle Bundes- und jeweiligen Landesgesetze [93], ebenso die gemäß Art. 80 Abs. 1 GG erlassenen Rechtsverordnungen [94]. Im Bereich

---

87) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 373 mit Nachweisen der Länderverfassungsartikel

88) statt vieler: Gönnenwein, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 511 (516); derselbe, Gemeinderecht S. 177 f.
vgl. VGH BaWü Urt. v. 5. Okt. 1972, DÖV 1973, 534

89) System S. 123

90) Wolff-Bachof I § 24 I

91) dazu allgemein: Forsthoff, Lehrbuch S. 123-126; Wolff-Bachof I § 25

92) Forsthoff a.a.O. (125); Wolff-Bachof I § 24 II e 1

93) Werner Weber, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 19 S. 17 (19); Bark S. 65; Salzwedel, in: Loeschelder-Salzwedel S. 287 f.; Maull S. 27; Arthur Müller S. 24 f.; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 2; Masson-Samper Art 112 Anm. 3; Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 3; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 2; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2

94) Werner Weber a.a.O.; Salzwedel a.a.O.; prOVG Urt. v. 12. Mai 1933, prOVGE 90, 109

der Gemeinde werden die verletzbaren Rechtsquellen vom autonomen Satzungsrecht und den Observanzen gebildet [95] [96].

2. Verstöße gegen aufsichtsbehördliche Anordnungen

Das für die Beanstandung erforderliche Tatbestandsmerkmal Rechtswidrigkeit ist auch zu bejahen, wenn die Gemeinde verbindliche Rechtshandlungen der Aufsichtsbehörde [97] oder andere ihr obliegende Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art [98] verletzt [99]. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Beanstandung muß jedoch zuerst untersucht werden, ob sich die Verfügung der Kommunalaufsichtsbehörde selbst im Rahmen ihrer Kompetenzen hielt.

3) Zweiteilung der Rechtswidrigkeit

Der Versuch einer Systematisierung bzw. Typologisierung sämtlicher Fehlerquellen gemeindlicher Beschlüsse und Anordnungen würde den Rahmen dieser Untersuchung schon deshalb sprengen, weil die komplexe Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt Berücksichtigung finden müßte.
Beim fehlerhaften Gemeindebeschluß findet eine Zweiteilung der Fehlerquellen statt. Beanstandungsfähigen Anlaß können das formelle Beschlußverfahren und die materiellrechtliche Sachentscheidung bieten [100].

---

95) Masson-Samper a.a.O.; Hofmann-Beth-Dreibus a.a.O.; Salzwedel a.a.O.; Werner Weber a.a.O.

96) speziell für Observanz: prOVG Endurt. v. 7. Okt. 1885, prOVGE 12, 273 (275 f.); prOVG Endurt. v. 19. Okt. 1887, prOVGE 16, 290 (297); prOVG Endurt. v. 28. Nov. 1896, prOVGE 31, 194 (196)

97) z.B. Anordnungen; prOVG Urt. v. 30. Okt. 1928, prOVGE 83, 88; Arthur Müller S. 26 f.; Maull S. 27 f.; Bark S. 70 m.w.N.; Heermann S. 187 ff.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 188 Fußn. 27

98) z.B. öffentlich-rechtliche Verträge (vgl. § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG, wenn bei einem Erschließungsvertrag zwischen Gemeinde und privatem Bauträger das gesetzliche Mindestbeteiligungsquorum der Kommune unterschritten wird)

99) a.A.: Dallmeyer S. 65, der die Nichteinhaltung "verwaltungsrechtlicher Vorschriften und vertraglicher Verpflichtungen" als Rechtsverletzung nicht genügen läßt

100) Heermann S. 259 ff.

4. Rechtswidrigkeit bei unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen

Aus der Rechtsanwendung durch die Gemeinden ergeben sich Besonderheiten für den Rechtswidrigkeitsbegriff der Beanstandung.

Soweit die Kommune eine gesetzliche Vorschrift auszulegen hat, ist die fragliche Norm unter Anwendung aller Methoden und ohne Verstoß gegen die Regeln der Logik zu interpretieren; denn selbst bei zweifelhafter Rechtslage bedeutet die irrtümlich falsche Gesetzesauslegung einen beanstandungsrelevanten Gesetzesverstoß [101].

Enthält die von der Gemeinde angewendete Rechtsnorm einen unbestimmten Rechtsbegriff, erscheint es zweifelhaft, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Rechtsaufsichtsbehörde ihre eigene Auffassung zur Kontrolle des gesetzmäßigen Verhaltens der Kommune heranziehen darf. Die jeweilige Interessenlage ist hier für Aufsichtsbehörde und Verwaltungsgericht gleich: Erstere darf nicht die von der Selbstverwaltungsgarantie gezogenen Grenzen überschreiten, letztere nicht in die ausschließlichen Exekutivbefugnisse der Verwaltung eingreifen. Daher entspricht im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe die Kontrollbefugnis der Kommunalaufsichtsbehörden derjenigen der Verwaltungsgerichte [102]. Das bedeutet volle Nachprüfbarkeit durch die Aufsichtsbehörde mit der Konstquenz der Beanstandungsfähigkeit, so fern Subsumtion oder Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes Fehler aufweisen [103].

Schließlich können sich beanstandungsgeneigte Beschlüsse und Anordnungen aus einem Ermessensfehlgebrauch durch die Gemeinde ergeben. Entsprechende Rechtswidrigkeiten werden ohne weiteres zu bejahen sein, wenn die Selbstverwaltungskörperschaft die ihr gesteckten gesetzlichen Grenzen

---

101) prOVG Urt. v. 22. März 1927, prOVGE 82, 105 (107)

102) VGH BaWü Urt. v. 30. Aug. 1950, DÖV 1951, 307; Gönnenwein, Gemeindrecht S. 182 f.; Schaper SKV 1962, 85 (87); vgl. auch VGH BaWü Urt. v. 1. Febr. 1960, BaWüVBl 1960, 58 (59); VGH Hessen Urt. v. 30. Mai 1960, Landkreis 1961, 306 (307)

103) vgl. Redeker/v. Oertzen § 114 Rdnr. 8; Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 11; ausführlich: Seele S. 338 ff.; Ausnahme: wertausfüllungsbedürftige Begriffe

des Ermessens überschreitet [104]. Zweifelhaft scheint aber, ob auch die 2. Alternative des § 114 VwGO ohne weiteres für die Untersuchung gemeindlicher Rechtsverletzung herangezogen werden darf [105].

Die Allzuständigkeit der Gemeinden in ihrem örtlichen Wirkungskreis spielt wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gerade für den Umfang der Kommunalaufsicht eine erhebliche Rolle. Die Gemeinden sind insoweit nicht mit "Ermächtigung" (§ 114 VwGO) ausgestatteter Delegatar irgendwelcher Ausführungskompetenzen, sondern Inhaber originärer Hochheitsrechte. Angesichts des beinahe unbeschränkten Betätigungsraumes der kommunalen Gebietskörperschaften dürften Grenzen für die Ermessenstätigkeit nur vorhanden sein, wo besondere gesetzliche Vorschriften die Regelungsbefugnis auf andere Stellen übertragen haben [106].

5. Teilweise Rechtswidrigkeit

Ist ein gemeindlicher Beschluß oder eine gemeindliche Anordnung nur partiell rechtsfehlerhaft, so soll sich die Beanstandung auf die entsprechenden selbständigen Teile beschränken [107]. Diese Beschränkungspflicht für die Kommunalaufsichtsbehörde läßt sich aus dem auch für sie geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs herleiten. Es erscheint allerdings geboten, bei der partiellen Rechtswidrigkeit gemeindlicher Akte zu differenzieren. Einerseits gibt der Gesetzeswortlaut der bayrischen Gemeindeordnung [108] selbst zu erkennen, daß modale, auf Teile der

---

104) so Masson-Samper Art. 112 Anm. 3; zum Begriff der Ermessensüberschreitung im Sinne des § 114 VwGO: Eyermann-Fröhler Rdnr. 16

105) so aber offenbar Masson-Samper a.a.O.

106) Gönnenwein a.a.O. S. 182 mit Beispielen; ohne diese Differenzierung: Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 3

107) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 3; Zuhorn-Hoppe S. 314; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4; Günther Schmitt, System S. 228; Dallmayer S. 66

108) Art. 112 Satz 1

bemängelten Entschließung beschränkte Beanstandungen durchaus möglich sind; denn rein sprachlich bedeutet "Änderung" im Verhältnis zur "Aufhebung" nur teilweise Abwandlung. Zum anderen ist es aber fraglich, ob die auch von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ("soweit") anerkannte Lehre zur teilweisen Rechtswidrigkeit [109] auf die Beanstandung entsprechende Anwendung finden kann.

Im Verwaltungsrecht ergreift partielle Rechtswidrigkeit im Zweifel nicht den ganzen Verwaltungsakt; dahinter steht der Gedanke möglichster Rechtsbeständigkeit hoheitlicher Maßnahmen [110]. In Umkehrung des in § 139 BGB enthaltenen Rechtsgedankens kommt es also nicht auf den mutmaßlichen Willen der Behörde, sondern - da über die Fehlerhaftigkeit eines Hoheitsaktes objektive Kriterien entscheiden - allein darauf an, ob der fehlerfreie Restakt sinnvoll ist.

Beim Gemeindebeschluß dürfte aber nur in den seltensten Fällen eine Teilbarkeit anzunehmen sein. Zwar hat die Rechtsprechung [111] und ihr folgend ein Teil des Schrifttums [112] auch bei bloß teilweiser Rechtswidrigkeit Beschlüsse für beanstandungsfähig erachtet. Dies ist jedoch grundsätzlich abzulehnen. Denn die hypothetische Frage, ob das gemeinliche Kollegialorgan in Kenntnis der Teilrechtswidrigkeit an den übrigen Bestandteilen selbständig festgehalten hätte, ist nicht nur mutmaßlich, sondern greift auch in den Willenbildungskern der Kommune ein. Damit würde die Beanstandung aber den Bereich ausschließlicher Rechtskontrolle verlassen; denn es besteht die unabwendbare Gefahr, daß die Aufsichtsbehörde der Gemeinde einen vermeintlich hypothetischen Willen, den diese aber nie gehabt hat, aufnötigt [113]. Die Lehre von der teilweisen Rechtswidrigkeit

---

109) OVG Lüneburg Urt. v. 10. Aug. 1971, DVBl 1972, 584

110) Wolff-Bachof I § 51 VII; Forsthoff, Lehrbuch S. 250; Redeker/v. Oertzen § 113 Rdnr. 2; Eyermann-Fröhler Anhang zu § 42 Rdnr. 14 ff.

111) prOVG Urt. v. 12, März 1929, RuPrVBl Bd. 50 (1929), 573

112) Arthur Müller S. 27; Bark S. 91; Kottenberg-Rehn § 108 Anm. II 4

113) zu dieser Gefahr: Forsthoff a.a.O.; Bark a.a.O.

ist mit dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden unvereinbar.

6. Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit

Rechtsprechung [114] und Schrifttum [115] bezeichnen als maßgeblichen Zeitpunkt für die Frage, ob Beschluß oder Anordnung der Gemeinde beanstandungsfähig rechtswidrig ist, den Augenblick, in dem der Beschluß gefaßt wird bzw. die Anordnung ergeht. Der Rechtszustand im späteren Zeitpunkt der Beanstandungsverfügung spielt grundsätzlich keine Rolle. Hiervon gibt es allerdings zwei Ausnahmen. Die Kommunalaufsichtsbehörde kann Beanstandungen nicht gegen aufgrund rechtswidriger Beschlüsse und Anordnungen ergangene Maßnahmen richten, wenn infolge Rechtswechsels zwischenzeitlich Rechtmäßigkeit eingetreten ist [116]. Der Zeitpunkt der Beanstandung ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit dann von Bedeutung, wenn eine Rechtsänderung Beschlüsse oder Anordnungen mit Dauerwirkung nachhaltig beeinflußt [117].

7. Indizien weiterer Rechtswidrigkeit

Nach dem Wortlaut der Länderverfassungen und Gemeindeordnungen dient die Beanstandung der Überprüfung, ob die gemeindliche Tätigkeit im Einklang mit dem Gesetzen steht. Dabei bedeutet Rechtswidrigkeit "Verletzung objektiven Rechts" [118]. Zu unterscheiden bleibt darüber hinaus, ob auch Verstöße gegen wichtige Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts beanstandungserhebliche Rechtswidrigkeiten indizieren.

a) Verletzung gemeindlicher Staatstreuepflicht

§ 109 DGO ließ Beanstandungen - neben der Verletzung be-

---

114) PrOVG Urt. v. 16. Dez. 1930, RuPrVBl Bd. 52 (1931), 611 unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung; OVG Münster Urt. v. 23. März 1960, OVGE 14, 274 (278)

115) Arthur Müller S. 25; Bark S. 92 f.; Lüersen-Neuffer § 130 Rdnr. 2; Zuhorn-Hoppe S. 313

116) Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 3

117) Bark S. 91

118) Menger, System S. 123

stehenden Rechts- auch zu, wenn Entschließungen oder Anordnungen den "Zielen der Staatsführung" zuwiderliefen. Diese Erweiterung der aufsichtsbehördlichen Eingriffsmöglichkeiten spielte einerseits die dem Führerprinzip entsprechende nationalsozialistische Auffassung vom Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde wider und ließ andererseits die Beanstandung zu einem Instrument der Ermessenskontrolle werden [119].

Auch nach Beseitigung des systemwidrigen § 109 DGO und Schaffung des Bonner Grundgesetzes obliegt den Gemeinden als Rechtspflicht die Achtung des Staatsinteresses. SCHAPER [120] folgert aus dem ungeschriebenen Verfassungssatz des bundesfreundlichen Verhaltens der Länder, daß diese Verhaltenspflicht "viel mehr" zwischen Land und den ihm inkorporierten Gemeinden gelten müsse. Die Achtung des Staatsinteresses sei auch ohne gesetzliche Normierung Rechtspflicht für die Gemeinden, da sie nur bei ständiger Staatstreue Grundlage demokratischen Staatswesens sein könnten. Verstöße gegen die Rechtspflicht seien beanstandungsfähig [121].

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht [122] entschieden, daß der mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens die im Ermessen einer Landesregierung liegende Aufsichtsbefugnis gegenüber den Gemeinden zu einer Pflicht im Verhältnis zum Bund verdichten könne. Das Gericht hat jedoch keine Ausführungen dazu gemacht, ob das Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens den Gemeinden eigene unmittelbare und kommunalaufsichtlich korregierbare Pflichten auferlege. Gegen die sehr weitgehende Ansicht von SCHAPER spricht auch, daß der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens in der föderalen Bund-Länder-Struktur seinen Ursprung hat [123], während die Beziehungen zwischen Staat und Gemeinden

---

119) Stratmann S. 57; Ruth Scholz S. 56

120) SKV 1962, 85 (87)

121) so auch Ellerингmann S. 53

122) Urt. v. 30. Juli 1958, BVerfGE 8, 122 (123)

123) BVerfG Urt. v. 21. Mai 1952, BVerfGE 1, 299 (315)

inkorporativen Charakter haben.
Eine Ausdehnung der Beanstandungsmöglichkeiten auf die Verletzung gemeindlicher Staatstreuepflichten läßt sich somit nicht mit dem Argument "Staatsinteresse" allein begründen [124].
Veilmehr bedarf es hierzu ausdrücklicher gesetzlicher Pflichten, wie sie etwa § 16 Abs. 1 StabG schafft, der den Gemeinden bei ihrer Haushaltswirtschaft die Wahrung der vier überragenden volkswirtschaftlichen Ziele des § 1 StabG vorschreibt.
In diesem Bereich erstreckt sich die Beanstandungsmöglichkeit auch auf die Einhaltung der gemeindlichen Pflichten des § 16 Abs. 1 StabG [125]. Insoweit ist die Kommune an die das Staatsinteresse auf konjunkturpolitischem Sektor konkretisierende Ziele des § 1 StabG, nämlich Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum gebunden. Der hohe Rang dieser Staatstreuepflicht kommt insbesondere in § 23 StabG zum Ausdruck, der den Ländern aufgibt, "durch geeignete Maßnahmen" die konjunkturadäquate Kreditaufnahme der Gemeinden zu kontrollieren.

b) Geordneter Verwaltungsgang

Die Störung des geordneten Verwaltungsganges der Gemeinde

---

124) wie hier kritisch gegen die Ausdehnung der Kommunalaufsicht: Seele S. 387 f.

125) Stern/Münch/Hansmeyer § 16 S. 303; Oelgarth DVBl 1970, 532 (533 ff.); a.A.: Tettinger S. 132 (180): danach können die Pflichten der Gemeinden gem. §§ 16 Abs. 1 StabG "wegen der konstatierten Tatbestandsweite" nicht Maßstab der Kommunalaufsicht sein, da sonst die zulässige Rechtsaufsicht in eine unzulässige Zweckmäßigkeitskontrolle umgemünzt würde, was Formenmißbrauch und Etikettenschwindel bedeute.
In ähnliche Richtung zielt Oelgarth a.a.O., der den § 16 Abs. 1 StabG für nicht praktikabel hält und daher eine Modernisierung des Kommunalaufsichtsrechts fordert.

ist zwar von der Rechtsprechung [126] als Beanstandungsanlaß bejaht worden, wirft aber erhebliche Zweifel wegen der Unbestimmtheit dieses Begriffs auf. Derartige Beanstandungen greifen tief in die gemeindliche Organisationshoheit [127] ein, deren Wesenskern im internen Bereich, insbesondere dem Verwaltungsaufbau liegt [128]. Rügbare Mängel dürften nur dann anzunehmen sein, wenn die Wahrnehmungen der örtlichen Belange schwerwiegend und andauernd beeinträchtigt oder gar ausgeschlossen wird; bloße organisatorische Unzweckmäßigkeiten unterliegen keineswegs der Beanstandung.

c) Finanzielle Leistungsfähigkeit

Übersteigt ein Beschluß oder eine Anordnung die finanzielle Leistungsfähigkeit einer Gemeinde, so stellt dies ein Beanstandungskriterium dar. Denn geht die Kommune - gerade im Hinblick auf Folgelasten - Verbindlichkeiten ein, deren Erfüllung erkennbar das finanzielle Haushaltsvolumen übersteigt, so liegt darin ein Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz, die Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, daß die stetige Erfüllung aller gemeindlichen Aufgaben gesichert ist [129] [130].

d) Haushaltsgrundsätze

Auch ein Verstoß gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze

---

126) prOVG Urt. v. 5. März 1909, prOVGE 54, 476 (472 f.); OVG RhPf Urt. v. 1. März 1955, AS 3, 57; VGH Bayern Urt. v. 23. Febr. 1959, n.F. 12, 18; ähnlich: Becker HKWP I S. 187; Elleringmann S. 57

127) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 68 ff.

128) BVerfG Beschl. v. 28. Okt. 1958, BVerfGE 8, 256 (258 f.)

129) Art. 61 Abs. 1 Satz 1 GOBay; §§ 77 Abs. 1 Satz 1 GOBaWü, 56 VerfBrh, 92 Abs. 1 Satz 1 GOHess, 82 Abs. 1 Satz 1 GONds, 62 Abs. 1 Satz 1 GONW, 93 Abs. 1 Satz 1 GORhPf, 80 Abs. 1 Satz 1 GOSaar, 75 Abs. 1 Satz 1 GOSchHol

130) mißverständlich Helmreich-Widtmann Art 112 Anm. 1: danach findet die Leistungsfähigkeit der Gemeinden keine Berücksichtigung. Gemeint ist dies wohl im Hinblick auf die bayrische Beanstandungspflicht; wie hier: Bark S. 124 f.

der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit [131] indiziert Beanstandungsfähigkeit [132]. Denn den Gemeinden obliegt die ständige Rechtspflicht, das Gemeindevermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten. Mit möglichst geringen Kosten soll optimaler Erfolg erzielt werden.

III. Beanstandung fiskalischer (privatrechtlicher) Gemeindetätigkeit

Die Untersuchung des Verhältnisses der Beanstandung als Mittel der Rechtmäßigkeitswahrung zu denjenigen Rechtsbehelfen und Zivilklagemöglichkeiten, die inzidenter ebenfalls Legalität kontrollieren, hat folgendes gezeigt: Bedeutete im souveränen Staat um 1850, als die Beanstandung erstmals gesetzlich fixiert wurde, Rechtswidrigkeit Diskrepanz von Legislative und Exekutive, so äußerte sich die spezifische (verfassungsrechtliche) Bedeutung der Beanstandung in der Harmonisierung beider ohnehin in der Gestalt des Monarchen koinzidierenden Gewalten.
Heute wandelt die Gewährleistung von Individualrechtsschutz durch Art. 19 Abs. 4 GG die Funktion der Beanstandung, da ihr ursprünglicher Ausschließlichkeitscharakter als Instrument zur Wahrung des Gesetzmäßigkeitsprinzips innerhalb der Exekutive entfallen ist.
Die als "Einheitlichkeits- oder Identitätstheorie" [133] bezeichnete Vorstellung, die Kommunalaufsicht wahre ihre Funktion nur dort, wo öffentlich-rechtliche Verpflichtungen der Gemeinde nicht einzelnen, sondern der Allgemeinheit, dem Staat gegenüber bestehen [134], wird durch

---

131) Art. 61 Abs. 2 GOBay; §§ 77 Abs. 2 GOBaWü, 48 Satz 1 VerfBrh, 92 Abs. 2 GOHess, 82 Abs. 2 GONds, 62 Abs. 2 GONW, 93 Abs. 2 GORhPf, 80 Abs. 2 GOSaar, 75 Abs. 2 GOSchHol

132) OVG RhPf Urt. v. 1. März 1955, AS 3, 47 (50); VGH Hessen Urt. v. 30. Mai 1960, Der Landkreis 1961, 306 (307); OVG RhPf Urt. v. 1. Juli 1974 (7 A 16/72); Wolff-Bachof II § 86 IX b

133) Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (520), Fußn. 105

134) Schnapp, Funktionswandel DVBl 1971, 480 (483 f.)

die Verschiedenartigkeit der Verfahrensgegenstände im Aufsichts- und Rechtsschutzverfahren widerlegt. Zwar werden hier wie dort Ungesetzmäßigkeiten punktuell-konkret kontrolliert und korregiert. Während sich aber zum Beispiel das Verwaltungsgericht auf den Rechtswidrigkeitsteilbereich konzentriert, in dem sich die Rechtsverletzung des Bürgers abspielt, erfaßt die Beanstandung sämtliche Rechtsfehler unabhängig von Art und Schwere.
Trotz dieser Unterschiede in Verfagensgegenstand und Verfahrensgang hat das Oberverwaltungsgericht Münster [135] die Beanstandung von der Voraussetzung "Interesse des öffentlichen Wohls" abhängig gemacht; die Kommunalaufsichtsbehörde dürfe nicht mit dem Ziele eingreifen, "einem einzelnen zu seinem Recht zu verhelfen, wenn dieser seine Rechte in einem Zivilprozeß oder in einem Verwaltungsstreitverfahren geltend machen kann" [136].
Um das Problem der Beanstandung fiskalischer (gleich privatrechtlicher) Gemeindebeschlüsse bzw. -anordnungen systematisch zu untersuchen, sollen drei Gesichtspunkte Berücksichtigung finden: das "öffentliche Interesse", die Rechtswegalternative und der Charakter des Rechtsgebietes, auf dem die Gemeinde beanstandungsgeneigt tätig geworden ist.

1. "Öffentliches Interesse"

Maßgebliches Kriterium für die Beschränkung der kommunalaufsichtlichen Beanstandungstätigkeit soll nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Münster das "Interesse des öffentlichen Wohls" sein. Dabei steht das Wohl der Gemeinde als Teilausschnitt des "bonum commune" im klaren Gegensatz zu den Privatinteressen.
Die herkömmlich vertretene Antithetik öffentlicher und privater Interessen weckt erhebliche Zweifel an der Beschränkung des Beanstandungsvorganges auf Fälle öffentlicher Interessenberührung.

---

135) Urt. v. 23. Jan. 1963, OVGE 18, 227 = DVBl 1963, 862 mit Anm. Müller-Heidelberg = DÖV 1964, 853 = Kottenberg-Stehhens-Heinrichs Nr. 6 zu § 108 GO

136) Leitsatz des OVG Münster a.a.O.

Dem Monarch im souveränen Staat diente das "Öffentliche" als ein unantastbares Refugium, wenn Maßnahmen gegen Gesellschaft und Individuum nach Begründung verlangten [137]. So bedeutet im alltäglichen Sprachgebrauch das Adjektiv "öffentlich" unter anderem den Gegensatz zu privat, ausgehend vom lateinischen Gegenbegriffspaar "publicus" und "privatus" [138].

Zwar wäre es verfehlt, die historisch begründete Frontstellung von öffentlichen und privaten Interessen als beseitigt anzusehen. Allerdings sind tendenzielle Auflösungserscheinungen dieser Begriffsantithetik unverkennbar. Wurde früher jeder staatliche Eingriff mit Gemeinwohlerwägungen motiviert und legitimiert, so steht heute nach modernem Verfassungsverständnis Gemeinwohl nicht mehr (nur) gegen Freiheit, sondern als Teilaspekt auch auf deren Seite [139].

Die Annahme voller Identifikation von privatem und öffentlichem Interesse, wie sie die Gefahrenabwehr erkennt, wird in der Literatur [140] bisweilen auf andere Bereiche des öffentlichen Rechts übertragen. Es bedarf für die vorliegende Untersuchung jedoch keiner abschließenden Erörterung, ob diese Gleichsetzung zutrifft.

Im Teilbereicht der Staatsaufsicht hat der (bayrische) Gesetzgeber die strenge Dichotomie von öffentlichem und privatem Interesse bereits aufgegeben. In Art. 109 Abs. 2 Nr. 1 GOBay und Art. 91 Abs. 2 Satz 2 BezOBay wird die Fachaufsicht auf Fälle erweitert, in denen "das Gemeinwohl oder öffentlich-rechtliche Ansprüche" bzw. "das Wohl der Allgemeinheit oder berechtigte Ansprüche Einzelner" eine Rolle spielen. Diese beiden gesetzgeberischen

---

137) Häberle S. 139

138) Martens S. 22/29; diese Begriffsbildung klingt an in BGH Urt. v. 22. März 1965, DVBl 1966, 264 (266) und dürfte wohl auf die Definition des Ulpian zur Abgrenzung öffentlichen bzw. privaten Rechts zurückgehen ("publicum ius ..., privatum ..")

139) Häberle S. 143

140) Leisner DÖV 1970, 217 (220); Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 ff., 515 ff. (520) Fußn. 108 m.w.N.

Novellierungen vom 5. Dezember 1973 lassen tendenziell erkennen, daß die konventionelle Unterscheidung von öffentlichem und privatem Interesse zunehmend obsolet wird [141]. Damit ist aber auch der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster das Fundament für die strikte Beschränkung der kommunalaufsichtlichen Beanstandung auf Fälle des öffentlichen Wohls entzogen.

Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts [142] und ihr folgend das Oberverwaltungsgericht Münster [143] halten privatrechtliche Verbindlichkeiten der Kommune nicht für Gegenstände der Kommunalaufsicht. Ebenso bestimmt § 127 Abs. 2 GORhPf [144], daß "bürgerlichrechtliche Verpflichtungen der Gemeinde, die im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen sind", kommunalaufsichtlichen Beanstandungen, Anordnungen, Aufhebungen und Ersatzvornahmen nicht unterliegen.

Die vorherrschende Literatur [145] hält Rechtswidrigkeiten auf dem Privatrechtssektor ebenfalls nicht für beanstandungsfähig. Demgegenüber meinen MANG [146] und WIDTMANN [147],

---

141) Häberle S. 141 Fußn. 232 und S. 143 Fußn. 236

142) Endurt. v. 18. März 1904, prOVGE 45, 144 (146); Urt. v. 5. Juli 1932, prOVGE 89, 65 (68)

143) Urt. v. 23. Jan. 1963, OVGE 18, 227 (229) m.w.N.

144) v. 14. Dez. 1973; die Beschränkung der Beanstandungstätigkeit ist neue eingeführt; der bis dato geltende § 125 Abs. 3 GORhPf v. 27. Sept. 1964 nahm bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen der Gemeinde, die im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar sind, lediglich vom Anordnungsrecht der Aufsichtsbehörde aus.

145) Wolff-Bachof II § 77 II c 2; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 178 Fußn. 30 m.w.N.; Forsthoff, Lehrbuch S. 571; Heermann S. 188; Helmreich-Widtmann Art 109 Anm. 4; Masson-Samper Art 109 Anm. 4 und Art 112 Anm. 4; Prandl/Zimmermann Art. 109 Anm. 3; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 118 Anm. I 3; Schlempp § 135 Anm. II; Hofmann-Beth-Dreibus § 117 Anm. 2; Zuhorn-Hoppe S. 302; Kottenberg/Rehn §§ 106, 106a Anm. 5; v. Loebell § 106 Rdnr. 8; Körner § 106 Erl. 1; Günther Schmitt BayVBl 1973, 478 (482); Bittner DVBl 1973, 24 (26)

146) BayVBl 1960, 109

147) BayVBl 1960, 110

auch Verletzungen von Vorschriften des Zivilrechts würden vom Begriff "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" erfaßt und damit rechtsaufsichtlichem Einschreiten unterliegen. OBERMAYER [148] vertritt ebenfalls eine Gegenposition zur überwiegenden Literaturmeinung und nimmt ein Recht, aber keine Pflicht des Staates zur rechtsaufsichtlichen Überwachung auch "bei rein privatrechtlichen Streitigkeiten, die das öffentliche Wohl nicht unmittelbar berühren", an. Fehle es allerdings an der Offenkundigkeit der nicht unter öffentlich-rechtlichem Aspekt stehenden Rechtsverletzung, solle das sachkundige Zivilgericht entscheiden.

2. Kritik der Rechtsprechungs- und Schrifttumsansicht

Zunächst begegnet die Auffassung von der Ausschließlichkeit des Privatinteresses nicht unerheblichen Bedenken, und zwar schon in tatsächlicher, nicht erst in dogmatischer Hinsicht. Es ist theoretisch kaum vorstellbar, daß bei gemeindlichen Beschlüssen und Anordnungen neben den Interessen des Einzelnen nicht auch gleichzeitig solche des öffentlichen Wohls berührt werden [149]. Dem öffentlichen Recht ist jene zivilrechtliche Betrachtungsweise fremd, die selbständige Rechtsgüter verschiedenen Rechtsträgern zuordnet. Für die Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 2 BGB spielt es eine erhebliche Rolle, ob die einschlägige Rechtsnorm (Schutzgesetz) den Schutz des Einzelnen bezweckt, d.h. ob ihr Inhalt nach dem Willen des Gesetzgebers auch einem gezielten Individualschutz dient und gegen Schädigungen des so festgelegten Rechtsguts oder Individualinteresses gerichtet ist [150]. Demgegenüber kennt das (öffentlich-rechtliche) Kommunalaufsichtsrecht keine Zuordnung eines "Rechtsgutes" Individualinteresse an den Privaten unter gleichzeitiger Zuordnung des "Rechtsgutes" öffentliches Wohl an die Allgemeinheit.

---

148) in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Gemeinderecht S. 449 (478 f.)

149) Müller-Heidelberg DVBl 1963, 863 (Anm. zu OVG Münster Urt. v. 23. Jan. 1963, OVGE 18, 227 = DVBl 1963, 862)

150) Palandt-Thomas § 823 Anm. 9 b

Die Funktion der Beanstandung, nämlich Rechtswahrung zur Einhaltung der Rechtsordnung, zeigt deutlich, daß ihr eine ausschließlich Privatinteressen berührende Rechtsverletzung im gemeindlichen Raum a priori fremd sein muß.
Die Inkosequenz der eigenen Auffassung zur Ausschließlichkeit des Privatinteresses gibt das Oberverwaltungsgericht Münster [151] selbst zu erkennen. Es hält ein Eingreifen der Kommunalaufsicht zugunsten von Privaten für denkbar, falls "das allgemeine Wohl mit dem Vorteil eines Privatmannes zusammenfällt, etwa eine Gemeinde eine Maßnahme trifft, die einen so hohen Schadensersatzanspruch zur Folge hat, daß sie die Finanzwirtschaft und damit die ordnungsgemäße Verwaltung der Gemeinde gefährdet". Selbst wenn die Theorie von der Alternativität öffentlichen Wohls und privater Interessen anerkannt werden könnte, würde dies jedoch bedeuten, daß die Berührung dieser (ausschließlichen) Privatinteressen jederzeit in eine Gefährdung des öffentlichen Wohls umschlagen kann, sofern Schadensersatzansprüche der Gemeinde drohen. Rechtssicherheit im Sinne einer Erwartungshaltung der Gemeinde gegenüber aufsichtsbehördlichen Beanstandungen ist damit aber ausgeschlossen.
Die entscheidenden Zweifel gegen eine Beschränkung der Kommunalaufsicht auf Teile nicht lediglich privatrechtlicher Verpflichtungen der Gemeinde ergeben sich aus der widersprüchlichen Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Münster. Danach kennt die Rechtsaufsichtsbehörde keine Grenzen bei rechtswidrigen Begünstigungen des Einzelnen durch die Gemeinde; denn der Einzelne könne sich gegen derartige Maßnahmen nicht wehren. "Ohne ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde bestände in diesen Fällen keinerlei Rechtskontrolle" (a.a.O.).
Einerseits wird durch diesen Kernsatz das Institut der kommunalaufsichtlichen Beanstandung in Zusammenhang mit verwaltungsgerichtlichen Aufgaben gebracht; insoweit hat die Beanstandung Komplementärfunktion, wenn der Einzelne

---

151) OVGE 18, 227 (230)

mangels rechtlicher Beschwer (§ 42 Abs. 2 VwGO) nicht klagebefugt ist. Im Verlangen nach lückenloser "Rechtskontrolle" auf gemeindlichem Sektor äußert sich zugleich die wertneutrale Rolle der Kommunalaufsicht [152]. Andererseits weicht das OVG Münster - innerlich widersprüchlich - von seiner eigenen These ab, die rechtsverletzende Berührung ausschließlicher Privatinteressen unterliege der Beanstandung nicht, wenn es mangels verwaltungsprozessualer Anstoßfähigkeit des Einzelnen Privatinteressen gleichwohl der kommunalaufsichtlichen Beanstandung überantworte.

Gegen die Beanstandung privatrechtlicher Gesetzwidrigkeiten wird teilweise das Argument "Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes" mit möglicherweise widersprechenden Entscheidungen [153] eingewendet. Überzeugend wirkt dies jedoch nicht; der Gesetzgeber hat selbst an anderer Stelle für die Entziehung der Fahrerlaubnis zwei Verfahrensarten gleicher Rechtsfolge geschaffen. Gem. § 69 StGB hat der Strafrichter als Maßregel der Besserung und Sicherung den Entzug der Befugnis zum Führen von Kraftfahrzeugen durch Urteil auszusprechen, wenn sich aus einer strafbaren Handlung die Ungeeignetheit des Angeklagten ergibt. Erweist sich jemand als ungeeignet in diesem Sinne, muß die Verwaltungsbehörde nach § 4 StVG gegebenenfalls die Fahrerlaubnis durch Verwaltungsakt einziehen [153a]. Aus der Parallelität beider (einerseits Gerichts-, andererseits Verwaltungs-) Verfahren, die im Tatbestandsmerkmal ("ungeeignet") und Rechtsfolge ("entzieht" bzw. "muß ... entziehen") nahezu identisch sind, folgt ebenso die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind also auch Rechtsverstöße der Kommunen

---

152) vgl. Müller-Heidelberg a.a.O. (864)

153) Schnapp DVBl 1971, 480 (483); Schlempp § 135 Anm. II; OVG Münster a.a.O. (229) m.w.N.

153a) vgl. dazu: BVerfG Besch. v. 18. Nov. 1966, DÖV 1967, 130; Menger/Erichsen VerwArchiv 58 (1967), 183 f.

gegen die Privatrechtsordnung aufsichtsbehördlichen Beanstandungen uneingeschränkt zugängig. Dafür spricht zum einen die tendenzielle Auflösung des bislang gegensätzlich behandelten Verhältnisses von öffentlichen und privaten Interessen. Zum anderen entspricht es der Funktion der Beanstandung als Rechtskontrolle, sie lückenlos auf jedwede gemeindliche Tätigkeit zu erstrecken, sei sie öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur. Damit erübrigen sich Erörterungen, inwieweit dem Verwaltungsprivatrecht zugerechnete Tätigkeiten der Gemeinde oder solche im Bereich der Daseinsvorsorge beanstandungsfähig sind [154]. Überflüssig sind dann auch Gedankengänge, die aus der Aufgabe der Aufsichtsbehörden im privatrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die Gemeinde [155] die Beanstandung privatrechtlicher Gesetzesverletzungen zu begründen suchen [156]. Schließlich kann die Frage, ob die Entscheidung über extrem schwierige Zivilrechtsfragen insoweit sachkundigen Zivilgerichten überlassen werden sollte [157], dem noch zu untersuchenden Problem Legalitäts-/Opportunitätsprinzip überlassen bleiben [158].

---

154) Obermayer, in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Gemeinderecht S. 449 (478)

155) Art. 77 Abs. 1 GOBay; §§ 127 Abs. 1 GOBaWü, 146 Abs. 1 GOHess, 136 Abs. 1 GONds, 114 Abs. 1 GONW, 128 Abs. 1 GORhPf, 134 Abs. 1 GOSaar, 131 Abs. 1 GOSchHol; dazu: VG Hannover Urt. v. 23. Juli 1970, DVBl 1971, 524

156) bejahend: Mang BayVBl 1960, 109; verneinend: Widtmann BayVBl 1960, 110 (111)

157) Obermayer a.a.O. (479)

158) für die Erstreckung der kommunalaufsichtlichen Rechtskontrolle auf "private Geschäfte der Gemeinde": Schrödter DVBl 1963, 713 (715) unter Bezugnahme auf einen Diskussionsbeitrag von Becker anläßlich des 31. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.
Bei Breuckmann, Schriftenreihe Band 19, heißt es im Bericht über die Diskussionsbeiträge (S. 129): "Die Rechtskontrolle der Kommunalaufsicht leitete er (scil. Becker) neben den gesetzlichen Bestimmungen her ... aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, beispielsweise aus Treu und Glauben. ..."
Schröcker DÖV 1963, 576 erwähnt die Äußerungen Beckers nicht.

IV. Beanstandung und Opportunitäts-/Legalitätsprinzip

Die Aufgabe der Beanstandung besteht in der repressiven Korrektur gemeindlicher Rechtswidrigkeiten. Aus Art. 20 Abs. 3 GG sowie dem Rechtsgedanken des § 152 Abs. 2 StPO könnte nicht nur ein Handlungsrecht der Kommunalaufsichtsbehörde gefolgert werden, sondern darüber hinaus eine Beanstandungspflicht.

Der Streit, ob im Hinblick auf die Beanstandung das Opportunitätsprinzip oder der Legalitätsgrundsatz Vorrang genießt, zieht sich quer durch Rechtsprechung und Schrifttum [159].

Das OVG Münster [160] folgert aus dem Wortlaut des § 108 GONW ("Kannvorschrift"), die kommunalaufsichtliche Beanstandung rechtswidriger Ratsbeschlüsse unterliege dem Opportunitätsprinzip. Demgegenüber kann nach Meinung des VG Hannover [161] die Aufsichtsbehörde bei rechtswidrigen Beschlüssen der Gemeinde nach Sinn und Zweck der Vorschrift für sich keinen Ermessensspielraum beanspruchen; vielmehr bestehe eine Pflicht zur Beanstandung.

Nach dem Wortlaut der Länder-Gemeindeordnungen "kann" die Kommunalaufsicht beanstanden. Hieraus entnimmt ein Teil des Schrifttums [162], der Beanstandungsausspruch

---

159) Reuter kommt in seiner monographischen Darstellung "Rechtsaufsicht über die Gemeinden und Opportunitätsprinzip" zum Ergebnis (S. 101 f.), daß nicht das Opportunitätsprinzip, sondern das Legalitätsprinzip gelte; sei allerdings der Aufsichtszweck - die Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung - mit formlosen Aufsichtsmitteln erreichbar, so hätten die förmlichen Aufsichtsinstrumente lediglich subsidiären Charakter.

160) Urt. v. 12. Sept. 1962, VerwRspr Nr. 213 (S. 721, 722); in seinem Urteil v. 20. März 1958, OVGE 13, 237 (240) spricht das OVG lediglich von "Eingriffsmöglichkeiten" seitens der Aufsichtsbehörde

161) Urt. v. 30. Juni 1974, DVBl 1975, 555 (556)

162) Peters HKWP I S. 167; Wolff-Bachof II § 77 II d 3; Salzwedel, in: Loschelder-Salzwedel S. 288; Klüber S. 349; Salzwedel VVDStRL 21, 206 (221 f.); Bark S. 154; Rauball § 108 Anm. 5; v. Loebell § 108 Rdnr. 1; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 2; Schlempp § 135 Anm. 4; Schaper SKV 1962, 85 (89)

hänge von Opportunitätserwägungen ab; auf keinen Fall dürfe die Entscheidungsfreudigkeit der Gemeinden beeinträchtigt werden. Andere Autoren [163] schließen sich zwar im Ergebnis grundsätzlich dieser Meinung an, betonen jedoch die Beanstandungspflicht der Aufsichtsbehörde im Sinne einer Ermessensschrumpfung auf Null, wenn es sich um einen schweren und eindeutigen Rechtsverstoß handele.
Die Gegenmeinung in der Literatur [164] bejaht eine Interventionspflicht der Aufsichtsbehörden als Ausfluß des Legalitätsprinzips.
Art. 112 Satz 1 GOBay konstituiert eine Beanstandungspflicht ("hat ... zu beanstanden") [165], so daß dort das Legalitätsprinzip herrscht.
Im folgenden soll daher untersucht werden, ob auch in den anderen Ländern der Ausspruch der Beanstandung von Opportunitätsüberlegungen abhängt.
Die Vertreter der Opportunitätslehre wollen die Entscheidungsfreudigkeit der Gemeinden sichern. Dieses Argument wäre zutreffend, wenn jede Beanstandung tiefgreifend in das verfassungsrechtlich geschützte Betätigungsfeld der Gebietskörperschaften eingriffe.
Der Beanstandungsakt hat mehrere Regelungselemente mit jeweils selbständigem Charakter. Die erste Stufe der Beanstandung besteht in einer förmlichen Rechtsrüge, die einerseits die Kommune auf ihren rechtswidrigen Akt hinweist [166] und andererseits positiv die Rechtswidrigkeit feststellt [167]. Diese Rechtsrüge macht einen gesonderten

---

163) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 179 und 188; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 3; Henn/Köth § 119 Anm. 2

164) Forsthoff, Lehrbuch S. 574; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 383 f.; Günther Schmitt, System S. 165 ff.; Dallmayer S. 65; Werner Weber, Schriftenreihe Bd. 19 (1963), 17 (20); Reuter passim; Zuhorn-Hoppe S. 313; Petersen SKV 1969, 130 (131 f.); Wenzel BayBM 1973, 61

165) Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 1; Masson-Samper Art. 112 Rdnr. 1; Prandl/Zimmermann Art 112 Anm. 1; Hölzl Art 112 Anm. 1

166) Prandl/Zimmermann Art 112 Anm. 6

167) Pagenkopf, Kommunalrecht S. 375; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 7

Teil des Beanstandungsaktes aus und ist mit dem eventuell in der Beanstandungsverfügung enthaltenen Aufhebungs- und/oder Rückgängigmachungsgebot nicht untrennbar verknüpft [168]. Diese isolierte Rechtsrüge zeitigt aber eine schwächere Einwirkungsintensität auf die gemeindliche Entscheidungsfreudigkeit als etwa das Damokles-Schwert auf Anfechtungsklagen hin ergangener Verwaltungsgerichtsentscheidungen kassatorischen Inhalts. Vielmehr stärkt die Beanstandung als Appell zur Selbstberichtigung den kommunalen Entschließungswillen. Das intragemeindliche Beanstandungsverfahren [169] kennt im übrigen nur den Legalitätsgrundsatz, d.h. das jeweilige Gemeindeorgan hat zu beanstanden, muß widersprechen bzw. Einspruch einlegen, wenn die Vertretungsgremien rechtswidrige Beschlüsse fassen. Versagt dieses gemeindeinterne Beanstandungssystem mit Austrägalcharakter, greift die Aufsichtsbehörde von außen ein. So sehen die Gemeindeordnungen insbesondere eine Benachrichtigungspflicht gegenüber der Kommunalaufsicht vor. Wenn aber schon die Selbstkontrolle zwingend vorgeschrieben wird, so gilt für die aufsichtsbehördliche Rechtskontrolle unter dem Aspekt der Reservefunktion erst recht das Legalitätsprinzip [170]. Im übrigen bedeutete es eine "Indifferenz" [171] gegenüber Verletzungen des geltenden Rechts, wenn die Aufsichtsbehörde von ihrem Beanstandungsrecht keinen Gebrauch machte. Rechtsaufsicht dient der Rechtswahrung; dementsprechend ist die Beanstandung wertneutral und orientiert sich ausschließlich an "Verstößen gegen das objektive Recht". Untätigkeiten der Kommunalaufsicht wären mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht in Einklang zu bringen.

---

168) Günther Schmitt, System S. 229 m.w.N.; v. Loebell § 108 Rdnr. 5

169) §§ 43 Abs. 2 GOBaWü, 47 VerfBrh, 63 Abs. 1 GOHess, 65 Abs. 1 GONds, 39 Abs. 2 GONW, 60 Abs. 1 GOSaar, 69 Abs. 1 GOSchHol

170) Günther Schmitt a.a.O. (165 ff.); Pagenkopf, Kommunalrecht S. 384

171) Forsthoff a.a.O. (574)

Auch das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG [172] spricht für die Anwendung des Legalitätsprinzips auf die Beanstandungstätigkeit. Die Grenze zur Verwaltungswillkür wäre nämlich kaum zu ziehen, wenn die Nichtbeachtung gemeindlicher Rechtsverstöße mit Beanstandungen in anderen Fällen einherginge. Die Wahrung rechtsstaatlicher Integrität ist ständige Aufgabe staatlicher Behörden [173], der nur das Legalitätsprinzip gerecht wird [174].

---

172) VG Hannover Urt. v. 30. Juni 1974, DVBl 1975, 555 (556); Wenzel BayBM 1973, 61 f.

173) Werner Weber, Schriftenreihe Bd. 19 (1963), 17 (21)

174) so im Ergebnis: Reuter passim (Zusammenfassung S. 101 f.)

§ 8 Das formelle Beanstandungsverfahren

I. Zuständigkeitsfragen

Welche Behörde die (staatliche) Aufgabe der Kommunalaufsicht wahrnimmt, richtet sich grundsätzlich danach, ob die beaufsichtigte Gemeinde kreisangehörig oder kreisfrei ist; darüber hinaus bestehen in einigen Ländern atypische Sonderregelungen [1].

Die Rechtsaufsicht über kreisangehörige Gemeinden obliegt den Landratsämtern [2], Landräten [3], Landkreisen [4], Kreisverwaltungen [5] bzw. dem Oberkreisdirektor [6]. Die GOHess [7] kennt als Zuständigkeitskriterium nicht die Kreisangehörigkeit bzw. Kreisfreiheit, sondern nur die Zahl der Gemeindeeinwohner; zuständige Aufsichtsbehörde für Gemeinden bis 30.000 Einwohner ist der Landrat. Da die Stadt Bremerhaven als Gemeinde des bremischen Staates (Art. 143 Satz 1 Landesverfassung Freie Hansestadt Bremen) einen Sonderstatus einnimmt, übt über sie der Senat der Freien Hansestadt Bremen gemäß § 64 VerfBrh als Landesregierung unmittelbar die Rechtsaufsicht aus. Zuständige Kommunalaufsichtsbehörden für die kreisfreien Gemeinden sind die sog. Landesmittelbehörden [8], d.h. die Regierung [9], die Bezirksregierung [10] oder der Regierungspräsident [11]. In Hessen [12] übt der Regierungspräsident

---

1) vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 572; Günther Schmitt, System S. 196 ff.

2) Art. 110 GOBay; § 119 GOBaWü

3) §§ 124 GOSaar, 121 GOSchHol

4) § 128 GONds (mit Ausnahme der selbständigen Städte)

5) § 118 GORhPf

6) § 106 a GONW

7) § 136 GOHess

8) Günther Schmitt a.a.O. (S. 212)

9) Art. 110 GOBay

10) § 118 GORhPf

11) §§ 119 GOBaWü, 128 GONds, 106 a GONW

12) § 136 GO

die Aufsicht über alle Gemeinden mit mehr als 30.000 Einwohnern aus. Im Saarland [13] und in Schleswig-Holstein [14] - hier fehlt die sogenannte Mittelinstanz [15] - befindet der Minister des Innern unmittelbar über die Rechtmäßigkeit der Verwaltung in kreisfreien Gemeinden.
Die Aufsichtsbehörden sind hierarchisch gestuft. Die obere Instanz liegt regelmäßig bei den Regierungspräsidenten [16], während der Minister des Innern [17] die oberste Behördeninstanz bildet.
Über die hessische Landeshauptstadt Wiesbaden sowie die Stadt Frankfurt am Main übt der Minister des Innern gemäß § 136 Abs. 1 GOHess kraft besonderer instanzieller Zuständigkeit die Rechtsaufsicht aus; er ist insoweit untere Aufsichtsbehörde [18].

II. Die subjektiven Voraussetzungen der Beanstandung

Im Beanstandungsverfahren hat die Kommunalaufsichtsbehörde eine auch für staatsanwaltschaftliche Tätigkeit typische Subsumtionspflicht. Es bedarf nämlich in beiden Fällen der vorrangigen rechtlichen Würdigung, ob ein Sachverhalt überhaupt unter eine Strafbestimmung bzw. eine beanstandungsauslösende Norm fällt [19].
Die zweite Voraussetzung für eine Beanstandungsverfügung besteht in der Rechtswidrigkeit eines gemeindlichen Beschlusses bzw. einer gemeindlichen Anordnung. Es handelt sich dabei weder um ein deskriptives Tatbestandsmerkmal noch um ein solches normativen Inhaltes. Der Begriff

---

13) § 124 GO

14) § 121 GO

15) Forsthoff a.a.O.

16) Art. 110 GOBay; §§ 119 GOBaWü, 136 GOHess, 128 GONds, 106a GONW, 118 GORhPf. Saarland und Schleswig-Holstein kennen keine obere Kommunalaufsichtsbehörde.

17) Art. 110 GOBay; §§ 119 GOBaWü, 136 GOHess, 128 GONds, 106a GONW, 118 GORhPf, 124 GOSaar, 121 GOSchHol

18) Schlempp § 136 Anm. II

19) vgl. BGH Urt. v. 8. März 1956, BGHZ 20, 178 (180); Kleinknecht § 152 Rdnr. 4

"rechtswidrig" hat keinen wertausfüllungsbedürftigen Charakter wie etwa "Treu und Glauben" in 242 BGB oder "Verwahrlosung" in Art. 6 Abs. 3, 11 Abs. 2 GG. Vielmehr gelangt die Aufsichtsbehörde zum Merkmal der Rechtswidrigkeit durch Subsumtionstätigkeit, d.h. durch Unterordnung eines konkreten Sachverhalts unter den Tatbestand eines Rechtssatzes [20]. Da sich die Beanstandungstätigkeit der Kommunalaufsicht nur an Rechtswidrigkeiten entzündet und Rechtssätze mit der angeordneten Rechtsfolge "Rechtswidrigkeit" [21] nicht zu erkennen sind, besteht Anlaß zur Beanstandung stets dann, wenn der Lebenssachverhalt schlechterdings insumtionabel oder die von der Gemeinde ausgesprochene Rechtsfolge von der durch den Rechtssatz angeordneten abweicht.

Mithin muß die Aufsichtsbehörde, um zum Ergebnis Rechtswidrigkeit zu gelangen, in einen gedanklich-juristischen Subsumtionsprozeß eintreten. Dabei scheint untersuchungsbedürftig, welcher Grad subjektiver Kenntnis von einer solchen Rechtswidrigkeit zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet.

Die intragemeindlichen Beanstandungsverfahren relativieren den Grad innerer Überzeugung von der angenommenen Rechtswidrigkeit auf das Maß persönlicher "Auffassung" [22] oder "Ansicht" [23]; es reicht aus, wenn das beanstandungszuständige Gemeindeorgan etwas für rechtswidrig "hält" [24] und damit subjektiv von der Rechtswidrigkeit überzeugt ist [25].

Dieser Maßstab mag für die gemeindeinterne Beanstandung gelten; das jeweilige Gemeindeorgan muß zwar pflichtgemäß prüfen, kann aber mangels sächlicher und personeller

---

20) vgl. zur Definition der Subsumtion: Larenz, Methodenlehre S. 230 ff. m.w.N.

21) Vorschriften mit der Anordnung einer Nichtigkeitsfolge (§§ 134, 138 BGB, 44 VwVfG, 113 LVwGSchHol) bleiben dabei außer Betracht

22) §§ 43 Abs. 2 GOBaWü, 39 Abs. 2 GONW

23) § 42 Abs. 1 GORhPf

24) § 65 Abs. 1 GONds

25) Bark S. 96 m.w.N.

Ausstattung nicht ein so hohes Maß rechtlicher Prüfungsintensität gewährleisten wie die (staatliche) Kommunalaufsichtsbehörde. Diese ist auch wegen ihrer räumlichen Distanz zur Gemeinde weitaus besser in der Lage, zutreffende objektive Rechtsentscheidungen zu fällen. Kommunalaufsichtliche Beanstandungen setzen daher bloße Auffassung überschreitende innere Gewissheit von gemeindlichen Rechtswidrigkeiten voraus.

Nach Art. 100 Abs. 1 GG muß im Normenkontrollverfahren das vorlegende Gericht ein Gesetz für verfassungs- oder bundesrechtswidrig halten [26]. Das verlangt subjektiv die volle Überzeugung von der Ungültigkeit der Norm; Zweifel oder bloße Bedenken reichen nicht aus [27]. Das Bundesverfassungsgericht [28] verlangt, daß das vorlegende Gericht Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm überwindet und sich selbst eine feste Meinung bildet. STERN [29] will ein "non liquet" zu Gunsten der Gültigkeit einer Norm ausschlagen lassen.

Sowohl das im Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegende Gericht wie auch die im Beanstandungsverfahren subsumierende Kommunalaufsichtsbehörde haben keine Entscheidungs- sondern lediglich Prüfungskompetenz. Diese Parallelität rechtfertigt die entsprechende Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht entwicktelten Rechtsgrundsätze zum subjektiven Maßstab innerer Rechtswidrigkeitsüberzeugung.

Die Rechtsaufsicht kann demnach nur beanstanden, wenn sie

---

26) vgl. Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 100 Rdnr. 168; Maunz-Dürig-Herzog Art 100 Rdnr. 35

27) BVerfG Urt. v. 20. März 1952, BVerfGE 1, 184 (189); ständige Rechtsprechung, zuletzt BVerfG Beschl. v. 28. Mai 1963, BVerfGE 16, 188 (189); vgl. Stern a.a.O. und Maunz-Dürig-Herzog a.a.O., jeweils m.w.N.

28) BVerfG Beschl. v. 20. Juli 1955, BVerfGE 4, 214 (218); BVerfG Beschl. v. 7. Mai 1963, BVerfGE 16, 82 (89)

29) a.a.O.; dagegen Maunz-Dürig-Herzog a.a.O.: ein "non liquet" über Rechtsfragen sei normalerweise nicht denkbar

nach Klärung aller Zweifel die feste Meinung gewonnen hat, daß der inkriminierte Gemeindeakt rechtsfehlerhaft ist. Die Beanstandungsverfügung greift in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ein. Nur die volle innere Überzeugung rechtfertigt einen solchen Schritt. Bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit vermögen die "Rechtmäßigkeitsvermutung" [30] zu Gunsten der Gemeinde nicht zu erschüttern.
Auch das allenthalben normierte Auskunfts- bzw. Informationsrecht der Kommunalaufsichtsbehörde [31] spricht dafür, als subjektive Beanstandungsvoraussetzung eine zur Gewissheit erstarkte Auffassung von der Rechtswidrigkeit zu verlangen.

III. Dienstliche und private Kenntnis von Rechtswidrigkeiten

Die Auskunfts-, Unterrichtungs- bzw. Informationsrechte der Aufsichtsbehörden stellen ein umfassendes Instrumentarium zur Kenntniserlangung über sämtliche Gemeindevorgänge dar. Erfährt die Kommunalaufsichtsbehörde auf diesem Wege von beanstandungsrelevanten Rechtswidrigkeiten, handelt es sich um dienstliche Kenntnis.
Da aber die Beanstandung nicht ermessensmäßig nach dem Opportunitätsprinzip ausgesprochen wird, sondern sich nach dem Legalitätsgrundsatz richtet, könnte die private außerdienstliche Kenntnis eines Bediensteten der Aufsichtsbehörde diese zum Tätigwerden zwingen.
Die hier angedeutete Problematik besteht auch für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, die gemäß § 152 Abs. 2 StPO ebenfalls dem Legalitätsprinzip unterliegt. Dabei ist umstritten, ob und inwieweit die private Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat eine Pflicht zur Strafverfolgung auslöst und die Nichtverfolgung eine Strafvereitelung im Amt (§ 258 a StGB) [32] darstellt. Nach Recht-

---

30) zur Bedenklichkeit materiellrechtlicher "Vermutung" der Verfassungsmäßigkeit: Stern a.a.O. m.w.N.

31) Art. 111 GOBay; §§ 120 GOBaWü, 65 VerfBrh, 137 GOHess, 129 GONds, 107 GONW, 120 GORhPf, 125 GOSaar, 122 GOSchHol

32) in der Fassung vom 2. Jan. 1975; bis dato war dieses Delikt als "Begünstigung im Amte" in § 346 StGB geregelt.

sprechung [33] und herrschender Literaturmeinung [34] begründet die private Kenntniserlangung regelmäßig eine Pflicht zum Einschreiten nur "bei Straftaten, die nach Art oder Umfang die Belange der Öffentlichkeit und der Volksgesamtheit in besonderem Maße berühren" [35].
Die parallele Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren wie auch im kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfahren spricht zunächst grundsätzlich für die Übertragung dieses Grundsatzes ebenso wie die mehrfach dargestellten geschichtlichen Bezüge von Beanstandung und Staatsanwaltschaft. Zweifelhaft scheint aber die von Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung vorgenommene Differenzierung nach der Schwere des Deliktes.
Im Strafprozeßrecht findet diese Unterscheidung selbst zunehmend Kritik; es bestehe eine grundsätzliche beamtenrechtliche Verfolgungspflicht, deren Verletzung allein disziplinarrechtliche Folgen auslöse [36]. Sowohl Staatsanwälte als auch Beamte der Kommunalaufsichtsbehörde stehen im besonderen beamtenrechtlichen Pflichtverhältnis, das unter anderem die Weisungsgebundenheit beinhaltet (§§ 146 GVG, 37 BRRG) [37]. Da diese Inpflichtnahme des Beamten nicht mit dem Ende der Dienststundenzeit aufhört, sondern gemäß § 36 Satz 3 BRRG auch "außerhalb des Dienstes" Fortsetzung findet, besteht kein Anlaß, den Legalitätsgrundsatz bei außerdienstlicher Kenntniserlangung auf Fälle besonderer Schwere zu beschränken. Der Kommunalaufsichtsbeamte hat daher jede privat bekannt gewordene

---

33) BGH Urt. v. 16. Dez. 1958, BGHSt 12, 277

34) Kleinknecht § 160 Rdnr. 10; Karl Peters § 23 IV 1 a

35) BGH a.a.O. (281)

36) so vor allem Anterist S. 71 ff.; nach v. Loebell § 108 Rdnr. 4 liegt ein disziplinar zu ahndendes Dienstvergehen vor, wenn der Hauptverwaltungsbeamte eine Beanstandung entgegen der kommunalaufsichtlichen Weisung unterläßt; dazu auch: OVG Münster Beschl. v. 11. Febr. 1959, DÖV 1959, 96

37) vgl. zu § 146 GVG: Kern-Wolf § 32 III 3 c; umstritten ist lediglich, ob der Staatsanwalt den Befehl befolgen muß, in der Hauptverhandlung einen bestimmten Strafantrag zu stellen.

Rechtswidrigkeit gemeindlicher Beschlüsse und Anordnungen mit dem Mittel der Beanstandung zu verfolgen.

IV. Anspruch der Gemeinde auf rechtliches Gehör

Die Beanstandung greift in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ein; dies gilt auch, wenn die Aufsichtsbehörde als selbständige Verfügung zunächst die förmliche Rechtsrüge ausspricht, da dieser Suspensiveffekt im Sinne von Vollzugshemmung anhaftet. Der Eingriff in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wirft die Frage auf, ob die Gemeinde als Beanstandungsadressatin vorab rechtliches Gehör beanspruchen kann.

Eine unmittelbare Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG scheidet aus. Zwar stellt diese Grundgesetznorm unter anderem ein subjektives Grundrecht [38] dar, was einige Landesverfassungen [39] durch Einbeziehung der jeweiligen Vorschriften in die Grundrechtsabschnitte rechtssystematisch zum Ausdruck bringen. Die Berufung auf Art. 103 Abs. 1 GG setzt aber Grundrechtssubjektivität voraus; nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts [40] fehlt diese Fähigkeit den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Diese Rechtsprechung hat zwar teilweise herbe Ablehnung erfahren [41]. Die Kritiker meinen jedoch - selbst bei Annahme einer Grundrechtsgeltung -, rechtskontrollierende Maßnahmen der Staatsaufsicht seien "mit grundrechtlichen Argumenten" nicht anzugreifen; die Aufsicht über die Selbstverwaltungskörperschaften begründe eine "organisationsrechtliche, keine grundrechtliche Subjektion" [42]; die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28

---

38) BVerfG Beschl. v. 13. Febr. 1958, BVerfGE 7, 275 (278 f.); Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 103 Abs. I Rdnr. 8; Holtkotten, in: Bonner Kommentar Art. 103 Erl. II 1

39) vgl. die Regelungen über die "Grundrechte vor Gericht": Art. 104 VerfBay, Art. 6 LVerfRhPf

40) Beschl. v. 2. Mai 1967, BVerfGE 21, 362 (371 f.)

41) Bettermann NJW 1969, 1321 (1323) spricht von "Konfusionsargument" und "Konfusionslehre"

42) Bettermann a.a.O. (1327)

Abs. 2 Satz 1 GG bilde den "sachnäheren" Anknüpfungspunkt. Scheidet eine unmittelbare Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG aus, so mag aber der in ihm enthaltene Rechtsgedanke im Beanstandungsverfahren entsprechend [44] herangezogen werden. Zum einen kommt dem Anspruch auf rechtliches Gehör seiner Rechtsnatur nach Doppelcharakter zu, so daß Art. 103 Abs. 1 GG auch ein formelles Prozeßgrundrecht darstellt [45], das die Erzwingung materieller Grundrechte ermöglichen soll. Diese Hilfsfunktion erfüllt Art. 103 Abs. 1 GG gleichfalls im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde [46]. Zum anderen wird der - allerdings nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG ableitbare - Verfahrensgrundsatz anerkannt, daß auch die Verwaltungsbehörde vor Erlaß eines Verwaltungsaktes dem in seinen Rechten Berührten Gelegenheit zur Äußerung geben muß [47].

---

43) Schnapp, Der Städtetag 1969, 534 (538)

44) der spezifische Ausdruck "Analogie" wird bewußt vermieden; ein dafür erforderliches Regelungsdefizit (= "offene Gesetzeslücke", dazu: Larenz, Methodenlehre S. 350-359) ist nicht erkennbar.

45) Dürig a.a.O. Rdnr. 9

46) vgl. Bettermann a.a.O.: "Freilich kann das Selbstverwaltungsrecht selbst ein Grundrecht sein, aus einem Grundrecht abgeleitet oder wie ein Grundrecht behandelt werden: ...".
Der Meinungsstreit über den Rechtscharakter des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG - materielles Grundrecht oder bloße Institutsgarantie - bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung, da lediglich die entsprechende Anwendung des in Art. 103 Abs. 1 GG enthaltenen Rechtsgedankens untersucht wird (vgl. aber: Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 28 Rdnr. 28)

47) BVerwG Urt. v. 30. April 1965, DÖV 1965, 488 (489); Holtkotten, in: Bonner Kommentar Art. 103 Erl. II 2; Hans J. Wolff III § 156 IV d; Forsthoff, Lehrbuch S. 235 f.; Eyermann-Fröhler § 108 Rdnr. 13; vgl. auch § 28 VwVfG

Mithin kann die Gemeinde vor Erlaß der Beanstandungsverfügung prinzipiell rechtliches Gehör beanspruchen [48]. Erläßt die Kommunalaufsichtsbehörde eine Beanstandung, ohne vorher die Gemeinde anzuhören, kann sie diesen Verfahrensmangel nachträglich durch Anhörung heilen [49]. Macht die Gemeinde - möglicherweise in Verschleppungsabsicht - von ihrem Recht auf Gehör keinen Gebrauch, kann die Aufsichtsbehörde nach angemessener Frist die Rechtsrüge ohne weiteres aussprechen. Da die Gemeindeordnungen der Bundesländer eine Anhörung nicht zwingend als Verfahrensvoraussetzung vorschreiben, bedarf es keiner Anhörungsfiktion [50].

V. Bindung an höchstrichterliche Rechtsprechung

Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Beanstandung besteht in der zur Gewissheit erstarkten Auffassung der Aufsichtsbehörde von der Rechtswidrigkeit eines Gemeindebeschlusses oder einer gemeindlichen Anordnung. Gelangt die Kommunalaufsicht im Bereich umstrittener Rechtsfragen nicht zu dieser inneren Auffassung, scheidet mangels subjektiver Tatbestandsmäßigkeit eine Beanstandung aus. Da aber dieses Kontrollinstrument nach dem Legalitätsgrundsatz zu handhaben ist, stellt sich die Frage, ob sich hieraus auch Konsequenzen für die Maßgeblichkeit der anzuwendenden Rechtsansicht ergeben.

---

48) Entsprechende Regelungen enthalten mit Ausnahme Salzburgs sämtliche Gemeindeordnungen der österreichischen Bundesländer im Hinblick auf die Aufhebung rechtsverletzender Gemeindeakte (vgl. Berchtold S. 133 Fußn. 10); dieses Aufhebungsrecht gleicht der Beanstandung nach § 138 GOHess nicht; diese schiebt lediglich die Vollziehbarkeit auf (Schlempp § 138 Anm. 3), während in Österreich Rechtsfolgenbeseitigung es nunc eintritt (Berchtold S. 135 und 143)

49) vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG, soweit hierauf aufbauend die Länder entsprechende Regelungen vorgenommen haben (z.B. in NW, Gesetz v. 21. Dez. 1976, GVBl S. 458 ff.); § 114 Abs. 1 Nr. 3 LVwGSchHol

50) dies ist in Österreich teilweise so geregelt, vgl. dazu Berchtold S. 133 f.

Diese Problematik hat nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Wirkt z.B. ein an sich durch entsprechende Regelung der Gemeindeordnungen ausgeschlossenes Ratsmitglied an einem Beschluß mit, so herrscht erheblicher Streit über die Rechtsfolge der Verletzung dieser Vorschrift. Eine gesetzliche Regelung dieses Rechtsverstoßes findet sich nur in Art. 49 Abs. 3 GOBay; der Beschluß ist lediglich dann ungültig, wenn die Mitwirkung des ausgeschlossenen Ratsmitgliedes "für das Abstimmungsergebnis entscheidend war". Wird also ein solches Ratsmitglied mehrheitlich überstimmt, beeinflußt seine Mitwirkung die Abstimmung nicht "in ausschlaggebender Weise" [51], so daß der Beschluß rechtsgültig und damit nicht beanstandungsfähig ist.
In der Literatur [52] wird die Übernahme des in Art. 49 Abs. 3 GOBay enthaltenen Rechtsgrundsatzes auf die Gemeindeordnungen außerhalb Bayerns empfohlen. Demgegenüber sieht die Rechtsprechung [53] in Art. 49 Abs. 3 GOBay keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz; die Ausschließungsvorschriften dienten der Überparteilichkeit und Uneigennützigkeit des Rates sowie seinem Ansehen in der Öffentlichkeit; demgegenüber bedeute das Kriterium Kausalität einen Unsicherheitsfaktor; Verstöße gegen das Mitwirkungsverbot führten daher bei Satzungen in jedem Fall zur Nichtigkeit.
Damit hängt die Frage der Beanstandung davon ab, welcher Rechtsansicht die Kommunalaufsichtsbehörde folgt. War die gesetzwidrige Abstimmungsmitwirkung ergebniskausal, so fehlt nach der Literaturmeinung die beanstandungsauslösende

---

51) Masson-Samper Art. 49 Rdnr. 17; vgl. Prandl/Zimmermann Art. 49 Anm. 9; Hölzl Art 49 Anm. 7 ("diese Stimmabgabe bedeutungslos")

52) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 268 Fußn. 30; Zinsow DVBl 1966, 829 (831)

53) OVG Münster Urt. v. 18. Juni 1971, OVGE 27, 60 (63); OVG Lüneburg Beschl. v. 5. Juli 1971, OVGE 27, 442 (445); VGH BaWü Beschl. v. 15. März 1973, BauR 1973, 368 (370); zustimmend: v. Mutius VerwArchiv 65 (1974), 429 (440)

Rechtswidrigkeit; schließt sich die Behörde jedoch der Rechtsprechung an, so muß sie von der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses in jedem Fall ausgehen.
Das Spannungsverhältnis zwischem dem Legalitätsprinzip und der Maßgeblichkeit individueller Rechtsüberzeugung spielt auch für die Staatsanwaltschaft eine erhelbliche Rolle. Wenn nämlich bei streitigen Rechtsfragen keine Bindung an die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, wird dadurch im Ergebnis der Legalitätsgrundsatz durchbrochen.
Der Bundesgerichtshof [54] bejaht eine solche Bindung; mit einer die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht beachtenden Auslegung von Gesetzen verletze die Staatsanwaltschaft das Legalitätsprinzip, weil sie von der Anklage bei solchen Handlungen absehe, die nach ständiger Rechtsprechung strafbar seien.
Demgegenüber lehnt die strafprozessuale Literatur [55] eine Bindung der Staatsanwaltschaft ab; diese sei gemäß § 150 GVG von den Gerichten unabhängiges selbständiges Rechtspflegeorgan; der Legalitätsgrundsatz werde dadurch nicht berührt, da er nur eine Anklagepflicht begründe, nicht aber die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft bei der Gesetzesauslegung beschneide.
Die Kommunalaufsichtsbehörde ist in ihrer Rechtsauffassung zunächst einmal an solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden, die nach § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft haben. Aber auch ansonsten dürfte die Maßgeblichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu bejahen sein. Zum einen fehlt den Aufsichtsbehörden die gem. § 150 GVG selbständige Funktion eines Rechtspflegeorgans. Andererseits entfällt damit auch das Argument, das Recht zur eigenen Gesetzesauslegung fließe gerade aus der eigenverantwortlichen Postition. Schließlich verlangt die im Rechtsstaat erforderliche Einheit der Rechtsanwendung gerade in strittigen Rechtsfragen Orientierungsmöglichkeiten

---

54) Urt. v. 23. Sept. 1960 NJW 1960, 2346 (2347 f.)

55) Kleinknecht Rdnr. 5 vor § 141 GVG m.w.N.; Karl Peters § 23 IV 1 a

für die Verwaltungsbehörde. Sie zu schaffen sind nach Art. 92 GG die Gerichte berufen. Beanstandung wider obergerichtliche Rechtsauffassungen hätten im Rechtsschutzverfahren ohnehin keinen Bestand. Da außerdem die Kommunalaufsichtsbehörde den hierarchisch höheren (oberen und der obersten) Landesbehörden weisungsunterworfen sind, könnten diese Behörden durch Befehl Beanstandungen untersagen. Damit wäre aber die Entscheidungsmöglichkeit der Verwaltungsgerichte hinsichtlich der Wahrung des Gesetzmäigkeitsprinzips in den Kommunen blockiert, sofern nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt wird.

IV. Eindeutigkeit und Begründungszwang der Beanstandungsverfügung

Der Inhalt des Beanstandungsbescheides muß den anerkannten Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts entsprechen. Die Erfordernisse Klarheit und Begründung der Verfügung folgen dabei aus dem Wesen der Beanstandung als Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG; sie ergeben sich aber auch aus den gesetzlichen Verfahrensvorschriften für Verwaltungsakte [56]. Der Inhalt der Beanstandung muß die eindeutige, zweifelsfreie Erklärung der Kommunalaufsichtsbehörde zu erkennen geben, daß diese einen bestimmten Beschluß oder eine bestimmte Anordnung der Gemeinde als rechtsfehlerhaft ansieht und daher mißbilligt [57]. Es reicht nicht aus, wenn die Behörde einen Gemeindeakt lediglich als rechtlich bedenklich ansieht. Der im Suspensiveffekt zu Tage tretende Regelungscharakter der Rechtsrüge verlangt nach Eindeutigkeit des Selbstberichtigungsbefehls. Der angegriffene Beschluß bzw. die Anordnung wird hinreichend bestimmt, wenn

---

56) §§ 108 Abs. 1,109 Abs. 1 LVwGSchHol; §§ 37 Abs. 1, 39 Abs. 1 VwVfG, soweit die Länder selbst entsprechende Regelungen vorgenommen haben (Fußn. 49)

57) VGH Hessen Urt. v. 12. Nov. 1954 DVBl 1955, 331 (332) = DÖV 1955, 252 (253); Arthur Müller S. 41; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 4; Zuhorn-Hoppe S. 314

der Beanstandungsbescheid Organ, Datum und Inhalt angibt [58]. Die Aufsichtsbehörde hat ihre Maßnahmen auch zu begründen. Ausdrücklich verlangt dies nur § 108 Abs. 2 Satz 2 GONW; der Begründungszwang gilt aber in den anderen Ländern entsprechend [59]. Die Begründung sollte so umfassend und ausführlich sein, daß sie als Grundlage für eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung dienen kann.
Zum Begründungszwang zählt auch der obligatorische Hinweis auf die gesetzliche Ermächtigung für die aufsichtsbehördliche Beanstandung [60].
Die Rechtsrüge und ihre Begründung haben uno actu zu erfolgen. Zwar mag für das gemeindeinterne Beanstandungsverfahren etwas anderes gelten [61]. Da aber einerseits die Aufsichtsbehörde mittels ihrer personellen Ausstattung auch rechtlich komplizierte Begründungen rasch zu liefern in der Lage ist, andererseits das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde nicht unerheblich berührt wird, würde ein zeitliches Auseinanderfallen von Beanstandung und Begründung die Einschätzung der Rechtsschutzmöglichkeiten unzumutbar erschweren.

VII. Form, Frist und Rechtsmittelbelehrung

Da gem. § 58 Abs. 1 VwGO die Rechtsmittelbelehrung nur schriftlich erteilt werden kann [62], hängt ihre Erörterung zunächst davon ab, ob die Beanstandung selbst der Schriftform unterliegt.
§ 108 Abs. 2 Satz 2 GONW schreibt der Aufsichtsbehörde vor, die Beanstandung schriftlich mitzuteilen; in den anderen

---

58) Schlempp § 138 Anm. V

59) Zuhorn-Hoppe S. 314; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 6; Rauball § 108 Anm. 2; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm a.a.O.; Hölzl Art. 112 Anm. 4; Arthur Müller S. 41;
a.A.: prOVG Urt. v. 8. Febr. 1910, prOVGE 56, 32 (35); dazu: ablehnend Zuhorn-Hoppe S. 316

60) Masson-Samper Art. 112 Rdnr. 6; Bark S. 159

61) prOVG Urt. v. 2. Juli 1918, prOVGE 74, 46 (47); OVG Münster Ur. v. 29. Nov. 1961, OVGE 17, 134 (135) = DÖV 1962, 958

62) Eyermann-Fröhler § 58 Rdnr. 12; Redeker/v. Oertzen § 58 Rdnr. 13

Ländern fehlen entsprechende gesetzliche Regelungen. Ein Teil der Literatur [63] verlangt strikte Einhaltung der Schriftform, während andere [64] dies nur "in der Regel" annehmen; es wird sogar die Auffassung vertreten [65], die Beanstandung könne schriftlich, mündlich oder fernmündlich erfolgen.

Zwei Erwägungen sprechen dafür, den in § 108 Abs. 2 Satz 2 GONW fixierten Formzwang auf die Beanstandungen in den übrigen Ländern zu übertragen. Zum einen erfüllt die schriftliche Verfügung einen Übereilungsschutz [66], der verhindert, daß Beanstandungen unüberlegt ausgesprochen werden [67]. Gerade weil die Rechtsrüge in subjektiver Hinsicht eine zur Gewissheit erstarkte Überzeugung gemeindlicher Rechtswidrigkeit voraussetzt, sollen die juristischen Gedanken sorgfältig überdacht und formuliert werden. Dieser Übereilungsschutz der Schriftform scheint vor allem deshalb angebracht, weil die Kommunalaufsicht nachhaltig in den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eingreift. Schließlich begünstigt eine schriftlich begründete Beanstandung den mit ihr intendierten Selbstberichtigungszweck, da sie eine eingehende Auseinandersetzung mit den Argumenten der Kommunalaufsichtsbehörde ermöglicht.

---

63) Rauball § 108 Anm. 2 unter Hinweis auf § 126 BGB; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 5; mittelbar auch Schlempp § 138 Anm. V, der die Notwendigkeit der (schriftlichen) Rechtsmittelbelehrung nach § 58 VwGO bejaht; a.A.: Arthur Müller S. 41

64) Masson-Samper Art. 112 Anm. 6; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 2; ähnlich Bark S. 159

65) Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4

66) vgl. zum Zweck der gesetzlichen Schriftform (§ 126 BGB) im Zivilrecht: §§ 368, 409, 416 Abs. 2, 566, 766, 780 ff. BGB; für die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung: Palandt-Thomas § 766 Anm. 1

67) OVG Münster Urt. v. 29. Nov. 1961, OVGE 17, 134 (135)

Die Frage der Erforderlichkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung [68] ist zu bejahen [69], zumal der Schriftzwang die Voraussetzung für die From des § 58 Abs. 1 VwGO bietet. Die Beanstandung stellt, selbst wenn mit ihr nur die Suspensiveffekt auslösende Rechtsrüge ausgesprochen wird, einen materiellen Verwaltungsakt dar. Um die Frist für ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf hiergegen in Gang zu setzen [70], bedarf es einer ordnungsgemäßen schriftlichen Belehrung gem. § 58 Abs. 1 VwGO. Zwar ist noch zu untersuchen, ob die Beanstandung unmittelbar im Klagewege angefochten werden kann oder vorab das Widerspruchsverfahren nach §§ 69 ff. VwGO durchlaufen muß. Diese Frage bedarf aber hier (noch) keiner Klärung, da in beiden Fällen mit Bekanntgabe des Beanstandungsbescheides eine Monatsfrist zu laufen begänne (§§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Bei der Frage nach der Geltung von Fristen für die Beanstandung sind zwei Problemkreise zu unterscheiden:

- Kann die Kommunalaufsichtsbehörde ihre Maßnahmen nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes aussprechen?
- Muß die Gemeinde anschließend den Selbstberichtigungsbefehl unter Wahrung einer ihr gesetzten Frist befolgen?

Früher galt die Beanstandung der Aufsichtsbehörde als nicht fristgebunden [71]; gesetzliche Regelungen bestanden nicht. Auch heute wird diese Auffassung überwiegend

---

68) aus der Formulierung "ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf" in § 58 Abs. 1 VwGO folgt, daß Rechtsbehelf der weitere Begriff gegenüber Rechtsmittel ist (Eyermann-Fröhler § 58 Rdnr. 3). Sofern die Beanstandung unmittelbar verwaltungsgerichtlich angreifbar wäre (das bleibt noch zu erörtern), sollte wegen des Devolutiveffektes (Anfallwirkung) präziser die Rede sein von Rechtsmitteln.

69) Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 2; Bark S. 159

70) Schlempp § 138 Anm. V; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4

71) prOVG Endurt. v. 7. Dez. 1894, prOVGE 27, 87 (90); Maull S. 31

vertreten [72]. Es ist zwar anzuerkennen, daß Gemeindemaßnahmen durch Zeitablauf gegenüber der Aufsichtsbehörde nicht "in eine Art materieller Rechtskraft erwachsen" [73]. Im Sonderfall der gesetzlich vorlegungsbedürftigen Gemeindebeschlüsse bestimmt jedoch § 121 Abs. 2 GOBaWü die Vollzugsfähigkeit, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde nicht binnen Monatsfrist beanstandet. Es werden damit Rechtsfolgen an die fiktive (Negativ- oder Nicht-) Beanstandung geknüpft. Die Monatsfrist des § 121 Abs. 2 GOBaWü soll speziell verhindern, daß nachträgliche Beanstandungen das Vertrauen in die Kommunalverwaltung erschüttern und - gerade bei kleinen Gemeinden - zu finanziellen Nachteilen führen [74]. Abstrakt steht hinter dieser Regelung die Absicht, Rechtsverhältnisse über längere Zeit nicht im Unklaren zu lassen. Dieses Motiv rechtfertigt die Ansicht, daß grundsätzlich jede Beanstandung fristgebunden ist. Diese Frist hat verfahrensrechtlichen Charakter und vernichtet die Rechtsverfolgung [75]. Die zeitliche Begrenzung der Beanstandungstätigkeit stellt eine Ausschlußfrist dar, die vermeiden soll, daß der gemeindliche Beschluß bzw. die Gemeindeanordnung über einen praktisch unbegrenzbaren Zeitraum hinweg im Zustand der Unklarheit und möglicher Anfechtung bleibt [76].

Auch aus einer Parallele zum öffentlichen Baurecht ergibt sich die Fristsetzung für den Beanstandungsausspruch. § 19 Abs. 4 Satz 3 BBauG hat die sogenannte fiktive Bodenverkehrs-

---

72) OVG Lüneburg Urt. v. 20. Febr. 1959, DVBl 1959, 862 (863); VG Köln Urt. v. 3. Nov. 1967, Kottenberg-Steffens-Heinrichs Nr. 3 zu § 45; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 179; Kottenberg-Rehn § 108 Anm. I; grundsätzlich so auch: Heermann S. 189, der aber in der Unrevidierbarkeit des Beschlußvollzuges zeitliche Grenzen für das rechtsaufsichtliche Einschreiten sieht.

73) Gönnenwein a.a.O.

74) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. II 1

75) Wolff-Bachof I § 37 III e 1; ähnlich das sächsische OVG Urt. v. 14. Juli 1926, AS 30, 50 (60), das der Beanstandung die rechtliche Bedeutung eines befristeten Rechtsbehelfs beimißt

76) Forsthoff, Lehrbuch S. 194

genehmigung durch Fristablauf geschaffen. Diese Regelung dient den Interessen des Bürgers, dessen verfassungsmäßiges Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG durch die bodenverkehrsrechtliche Genehmigungspflicht des § 19 BBauG beschränkt wird. Da auch die Beanstandung in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden [77] eingreift, entspricht es dem Anspruch der Gemeinde, von der endgültig beanstandungsfreien Rechtmäßigkeit ihres Handelns ausgehen zu dürfen, wenn die kommunalaufsichtliche Tätigkeit einer angemessenen Frist unterliegt, für deren Dauer sich die in anderen Verfahrensregelungen [78] praktizierte Monatsfrist anbietet [79]. Diese Frist läuft von dem Zeitpunkt an, in dem der Beschluß zustandekommt bzw. die Anordnung erlassen wird; auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch die Aufsichtsbehörde komme es nicht an, da sie überwachungspflichtig ist und im Informationsrecht ein Instrument zur jederzeitigen Kenntniserlangung besitzt. Da die Beanstandung durch den Gemeindeakt geschaffene Rechte Dritter berühren kann, begünstigt die Befristung auch deren mittelbare Rückgängmachung, ohne daß allzulanger Zeitablauf irreversible Vertrauenstatbestände schafft [80].

Der Fristablauf hindert die Aufsichtsbehörde jedoch nicht, ihr Vorbringen zwecks Substantiierung und Begründung nachträglich zu ergänzen [81].

Mit der Beanstandung ist der Gemeinde eine angemessene Frist zur Korrektur ihres wegen Rechtswidrigkeit gerügten Aktes zu setzen. Dies folgt zum einen aus den Vorschriften über die kommunalaufsichtliche Ersatzvornahme, die erst nach

---

77) der Streit, ob diese Bestimmung ein subjektives Recht oder eine bloße Institutsgarantie schafft, wird dabei nicht verkannt

78) z.B. §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 VwGO; die Beanstandungsfrist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 BJagdG beträgt allerdings nur drei Wochen

79) Rauball § 108 Anm. 7

80) Rauball a.a.O.

81) VG Gelsenkirchen Urt. v. 6. Febr. 1973, DÖV 1973, 679 (680); Wolff-Bachof I § 37 III e 1

fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist angewendet werden darf [82], zum anderen aus der strengen Akzessorietät der Ersatzvornahme und ihrem Stufenverhältnis zur Beanstandung. Erst wenn die Gemeinde von ihrem Selbstberichtigungsrecht keinen Gebrauch macht, soll durch die in ihrer Eingriffsintensität stärkere Ersatzvornahme das Erforderliche anstelle der Gemeinde von der Aufsichtsbehörde durchgeführt werden [83].

Die Frage der Angemessenheit läßt sich nicht generalisierend beantworten, sondern hängt vom Einzelfall ab. Kriterien sind dabei einerseits die Dringlichkeit der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, andererseits die Erfüllbarkeit des Selbstberichtigungsbefehls [84]. Letzteres Moment hat jedoch eine so überragende Bedeutung, daß die Angemessenheit der gesetzten Frist verwaltungsgerichtlich kontrollierbar ist [85]. Eine zu kurze Fristbemessung führt zur Rechtswidrigkeit der Beanstandung, die dann unter Bestimmung einer neuen angemessenen Frist wiederholt werden muß. Das Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung hindert den Beginn der Frist nicht [86]; dieser sichert lediglich die Selbstberichtigungsmöglichkeit der Gemeinde, steht aber in keinem erkennbaren Zusammenhang mit Rechtsschutzfragen.

Die bloße Fristsetzung stellt im Hinblick auf erwartete Rechtsbehelfe keine Anordnung im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO dar [87]. Der Sinn der Fristsetzung besteht nicht in der Anordnung sofortiger Vollziehbarkeit im öffentlichen oder im überwiegenden Beteiligungsinteresse,

---

82) Art. 113 Satz 1 GOBay; §§ 123 GOBaWü, 68 VerfBrh, 140 GOHess, 131 Abs. 2 GONds, 109 Abs. 2 GONW, 123 GORhPf, 129 GOSaar, 125 GOSchHol

83) VGH Bayern Urt. v. 23. Juli 1951, VGH n.F. 4, 114 (135); Hölzl Art. 112 Anm. 2 d; Masson-Samper Art. 112 Rdnr. 8; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 6; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 4; Schlempp § 135 Anm. V

84) Prandl/Zimmermann Art. 113 Anm. 1

85) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm a.a.O.; Masson-Samper Art. 113 Rdnr. 1

86) a.A.: Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm a.a.O.

87) Prandl/Zimmermann a.a.O.

sondern um die Durchführung des Selbstberichtigungsbefehls zu gewährleisten.

VIII. Adressat und Bekanntgabe der Beanstandungsverfügung

Wie jeder Verwaltungsakt erlangt die Beanstandung äußere Wirksamkeit (= formale Existenz) [88] durch ihre Bekanntgabe [89]; ohne sie erlangt die verwaltungsbehördliche Regelung keine Wirksamkeit [90]. Die Beanstandung muß also entweder zugestellt oder sonstwie eröffnet werden [91]. Umstritten ist jedoch, wer Adressat der Beanstandung ist, da gesetzliche Regelungen mit Ausnahme der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen fehlen. Einige halten die Gemeinde für den richtigen Adressaten [92], andere wollen die Beanstandung an ein Gemeindeorgan, Bürgermeister bzw. Gemeindedirektor oder Rat richten [93]. Diese Differenzierungen überzeugen nicht. Das kommunalaufsichtliche Beanstandungsverhältnis besteht zwischen Staat und Gemeinde. Dabei spielt es keine Rolle, welches Organ den inkriminierten Akt zu verantworten hat. Die durch die Rechtsrüge ausgelöste Selbstkorrekturpflicht trifft die Selbstverwaltungskörperschaft als solche, so daß sie allein Beanstandungsadressat ist. Daran ändert sich auch nichts durch § 72

---

88) Kopp, VwVfG Vorbm. § 35 Anm. 4 a

89) Wolff-Bachof I § 50 II c; Forsthoff, Lehrbuch S. 220; Redeker/v. Oertzen § 70 Rdnr. 2; Eyermann-Fröhler Anhang § 42 Rdnr. 8, § 58 Rdnr. 21; vgl. auch § 41 Abs. 1 VwVfG; dazu: Meyer/Borgs § 41 Rdnr. 1-9, § 43 Rdnr. 12-17

90) BVerwG Urt. v. 29. April 1968, BVerwGE 29, 321 (323); Kopp a.a.O.

91) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 4; Schlempp § 138 Anm. V

92) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 182, dort auch Fußn. 20; Hölzl Art. 112 Anm. 2 a

93) Masson-Samper Art. 112 Rdnr. 13 unter Hinweis auf Art. 59 Abs. 1 GOBay; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 6 ("zwingend" Bürgermeister); Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 2 ("Bürgermeister oder die von ihm geleitete Gemeindeverwaltung"); OVG RhPf Urt. v. 21. Sept. 1951, AS 1, 288, da der Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertrete.

Abs. 1 Nr. 5 GONds [94]. Denn im Fall eines rechtswidrigen Beschlusses kann nur der Gemeinderat selbst die erforderliche Berichtigung vornehmen. Die Aufgabe des Gemeindedirektors erschöpft sich darin, dieses Korrekturverfahren vorzubereiten [95].

Eine Besonderheit für die Frage der Adressierung der Beanstandungsverfügung stellt § 108 Abs. 2 GONW dar. Zwar bestimmt diese Vorschrift, daß die Rechtsrüge gemeindlicher Anordnungen "dem Rat mitzuteilen" ist. Da aber die Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen abweichend von den anderen Gemeindeordnungen [96] und unabhängig von der Ersatzvornahme in § 108 Abs. 2 Satz 4 ein selbständiges Aufhebungsrecht gegenüber der nach Beanstandung vom Rat ausgesprochenen Billigung gerügter Anordnungen des Gemeindedirektors schafft, wird fraglich, wer Adressat dieser Aufhebungsverfügung ist.

Eine gesetzliche Regelung fehlt. Zu Recht hat die Rechtsprechung daher die allgemeinen Regeln für die Adressierung von Verwaltungsakten - sinngemäß - angewendet [97]. Die Beanstandung einer Anordnung betrifft den Gemeindedirektor als denjenigen, der sie getroffen hat. Seine Anordnungsbefugnis wird beschnitten, so daß ihm auch die Rechtsrüge bekanntzugeben ist.

Wegen des ausschließlichen Aufsichtsverhältnisses zwischen Staat und Gemeinde macht die unrichtige Adressierung eine Beanstandungsverfügung jedoch nicht rechtswidrig; vielmehr ist die falsche Bekanntgabe unschädlich [98].

IX. Beanstandung bei grenzüberschreitender Zusammenarbeit

Einige Länder-Staatsverträge eröffnen die Möglichkeit, über

---

94) a.A.: Gönnenwein a.a.O.

95) so wohl Lüersen-Neuffer § 62 Rdnr. 7 ("Den Aufsichtsbehörden ist der GD für den ordnungsgemäßen Geschäftsgang verantwortlich.")

96) nach § 138 GOHess kann die Aufsichtsbehörde unmittelbar selbst "aufheben"

97) OVG Münster Urt. v. 23. März 1960, OVGE 15, 274 (276 ff.); so auch: Kottenberg-Rehn § 108 Anm. III; Körner § 108 Erl. 2; Rauball § 108 Anm. 6; Zuhorn-Hoppe S. 316; v. Loebell § 108 Rdnr. 7

die gemeinsame Landesgrenze hinweg Zweckverbände zu bilden, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zu schließen und kommunale Arbeitsgemeinschaften zu vereinbaren [99]. Infolge der grenzüberschreitenden zwischengemeindlichen Zusammenarbeit ergeben sich dabei Probleme, weil die Gemeinden auch hinsichtlich dieser Tätigkeit der Kommunalaufsicht ihrer jeweiligen Landesbehörde unterworfen bleiben.
Die Zuständigkeitsfrage wird regelmäßig so gelöst, daß durch Zuständigkeitsübertragung die Rechtsaufsicht auf ein Land konzentriert wird [100]. Dabei ist der Sitz des gemeinsam gebildeten Zweckverbandes oder der beauftragten Gemeinde maßgebend (Art. 3 Abs. 1 Staatsvertrag BaWü-Bay; Art. 6 Abs. 1 Staatsvertrag Nds-NW). Dadurch werden widersprüchliche Beanstandungen, vor allem aber Aufsichtslücken vermieden.
Vor dem Erlaß einer Beanstandungsverfügung hat die aufsichtsführende Landesbehörde Einvernehmen mit derjenigen des Nachbarlandes herbeizuführen (Art. 3 Abs. 2 Staatsvertrag BaWü-Bay; Art. 6 Abs. 2 Staatsvertrag Nds-NW). Damit wird eine interne Mitwirkungsbefugnis des delegierenden Landes an der Aufsichtsmaßnahme gewährleistet.
Zur Anwendung kommt das Aufsichtsrecht des Aufsichtsdelegatars [101], wobei das Verfassungsrecht beider Grenzländer Schranken bildet. So dürfte Art. 2 Abs. 2 Satz 3 des Staatsvertrages BaWü-Bay unwirksam sein. Dort wird die Genehmigungspflicht grenzüberschreitender Vereinbarungen nach pflichtgemäßem Ermessen der Innenministerien begründet. Dieser Ermessensspielraum steht aber nicht im Einklang mit Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Landesverfassung Baden-Württemberg, der die Kommunalaufsicht auf die Überwachung der

---

98) OVG Münster a.a.O. (277f.); Kottenberg-Rehn a.a.O.; Zuhorn-Hoppe a.a.O.

99) z.B. Staatsvertrag BaWü-Bay v. 28. Sept./ 7. Okt. 1965 (GBl BaWü S. 302); Staatsvertrag Nds-NW v. 23. April / 9. Mai 1969 (GVBl NW S. 928)

100) vgl. Grawert DVBl 1971, 484 (487)

101) Grawert a.a.O. (488)

"Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" beschränkt [102] [103].

X. Kosten der Beanstandung

Die Beanstandung ergeht als verwaltungsbehördlicher Verwaltungsakt, so daß eine Kostenpflicht der Gemeinde nicht auf das Veranlassungsprinzip [104] gestützt werden kann. Vielmehr ist die Rechtsaufsicht staatliche Tätigkeit, deren Kosten den aufsichtsführenden Staat treffen [105]; die Beanstandung ergeht für die Gemeinde kostenfrei [106]. Die Erhebung von Verfahrenskosten würde ohnehin eine gesetzliche Verwaltungskosten- bzw. Gebührenregelung voraussetzen [107]. Verschiedene Gebührengesetze [108] befreien die Gemeinden im übrigen ausdrücklich von der Kostenpflicht im Falle rechtsaufsichtlicher Maßnahmen.

XI. Abweichende Regelungen des Beanstandungsverfahrens

Die Gemeindeordnungen Bremerhaven [1], Nordrhein-Westfa-

---

102) weiter Art. 83 Abs. 4 Satz 2 LVerfBay; der Staat wacht "über Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften".

103) wie hier: Grawert a.a.O.; a.A.: Prandl/Gillessen S. 171 (ohne Begründung); es bestehe kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung zur Bildung eines Zweckverbandes; das pflichtgemäße Ermessen habe insbesondere staatspolititsche Interessen zu berücksichtigen.

104) dies kommt in § 154 Abs. 1 VwGO zum Ausdruck. Die Kostenpflicht der unterliegenden Partei hat ihren Ursprung im Prozeßrechtsverhältnis; dazu: Eyermann-Fröhler § 154 Rdnr. 1; Redeker/v. Oertzen § 154 Rdnr. 2

105) prOVG Endurt. v. 3. Nov. 1903, prOVGE 48, 5 (20); Zuhorn-Hoppe S. 308; Schlempp § 135 Anm. VI; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 118 Anm. I 11

106) Helmreich-Widtmann vor Art. 108 Anm. 9

107) Hans J. Wolff III § 156 V f; vgl. zum Erfordernis der Bestimmtheit des Gebührenrechts BVerwG Urt. v. 2. Juli 1969, JZ 1970, 183

108) § 5 Abs. 1 Nr. 7 LGebGBaWü (dazu: Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm a.a.O.);
Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 KostenGBay (dazu: Helmreich-Widtmann a.a.O.);
§ 8 Abs. 1 Nr. 4 GebGNW

1) § 66 VerfBrh

len [2] und Schleswig-Holstein (hier nur fakultativ) [3] sehen eine Verbindung des kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfahrens mit dem gemeindeinternen vor [4]. An die Stelle der von der Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde unmittelbar ausgesprochenen Rechtsrüge tritt die Anweisung an den Magistrat (Gemeindedirektor bzw. Bürgermeister), einen bestimmten rechtswidrigen Beschluß oder eine solche Anordnung zu beanstanden.
Die sogenannte gemeindeinterne Beanstandung [5] hat zwei Aufgaben: Positiv soll sie das zuständige Beschlußorgan zu erneuter Beratung veranlassen. Negativ soll die innergemeindliche Beanstandung vermeiden, daß der gesetzwidrig fehlerhafte Beschluß außerhalb des kommunalen Organisationsraumes ohne weiteres Gegenstand eines Überprüfungsverfahrens wird [6]. Diese Art der Rechtskontrolle dient dem sogenannten "innergemeindlichen Austrag" [7]. Die Austrägalfunktion der gemeindeinternen Beanstandung [8] stärkt die Selbstverantwortung, indem sie den direkten Eingriff der Staatsaufsichtsbehörden verhindert.
Soweit das Gemeinderecht in Bremerhaven und Nordrhein-Westfalen den Verbund von kommunalaufsichtlichem und gemeindeinternem Beanstandungsverfahren zwingend vorschreibt, liegt darin eine Überbetonung des Selbstberichtigungsgedankens. Zwar soll nicht verkannt werden, daß dieser Regelung eine eher extensive Interpretation des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zugrunde liegt. Es fehlt aber ein gesetzliches Instrument, das die Weigerung innergemeindlicher Beanstandung überwindet. Hier mußte im Wege der Analogie durch

---

2) § 108 Abs. 1 Satz 1 GO

3) § 123 Satz 1 1.Halbsatz GO

4) dazu: Wolff-Bachof II § 77 II d 3; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 376; Forsthoff, Lehrbuch S. 574; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 188

5) vgl. §§ 32 VerfBrh, 39 Abs. 2 und 3 GONW, 43 Abs. 2 GOSchHol

6) Galette-Laux § 43 Anm. 1 a; Bark S. 30 f.

7) Zuhorn-Hoppe S. 184; Bark S. 31

8) dazu: Berkenhoff DVBl 1953, 42; Bark a.a.O. zur Geschichte der Austrägalfunktion

richterliche Rechtsfortbildung eine Regelungslücke geschlossen werden [9].

Die aufsichtsbehördliche Anweisung zur gemeindeinternen Beanstandung stellt keinen Verwaltungsakt dar. Es fehlt dafür die im Verhältnis von Staat und Gemeinde verbindliche Entscheidung mit Regelungscharakter. Vielmehr gibt die Anweisung einen bloßen Anstoß zur innergemeindlichen Selbstkontrolle [10]. Es handelt sich nur um eine vorbereitende Maßnahme [11], die das Beschlußorgan mittelbar zur nochmaligen Beratung veranlassen soll.

Der Charakter der Anweisung als Verwaltungsinternum [12] folgt aus der Stellung des angewiesenen Gemeindeorgans zur Kommunalaufsichtsbehörde. Diese Position kann mit derjenigen einer nachgeordneten Behörde zur vorgeordneten verglichen werden; insofern wird das Gemeindeorgan als staatliches Hilfsorgan angewiesen [13]. Die Anweisung ist nicht klagebewehrt [14].

Weigert sich das Gemeindeorgan, anweisungsgemäß zu beanstanden, so spricht die Aufsichtsbehörde die Beanstandung selbst aus [15].

Umstritten ist allerdings, wem diese Beanstandung zuzurechnen ist. RAUBALL [16] betrachtet die Rechtsbeziehung zwischen Aufsichtsbehörde und angewiesenem Gemeindeorgan wie das Verhältnis von Vertretenem und Vertreter nach allgemeinen

---

9) OVG Münster Urt. v. 8. Aug. 1956, OVGE 11, 201 (202 f.)

10) Salzwedel, Kommunalrecht, in: Loschelder/Salzwedel S. 290; Rauball § 108 Anm. 2

11) Kottenberg-Rehn § 108 Anm. II 2

12) Odenbreit-Hensel S. 483 m.w.N.

13) OVG Münster Urt. v. 22. Febr. 1956, OVGE 10. 314 (315); OVG Münster Urt. v. 29. März 1967, DVBl 1968, 392 (393); v. Loebell § 108 Rdnr. 4

14) OVG Münster a.a.O.; Kottenberg-Rehn a.a.O.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 188 Fußn. 20

15) OVG Münster Urt. v. 8. Aug. 1956, OVGE 11, 201 (202 f.); Kottenberg-Rehn § 108 Anm. II 3 c; v. Loebell § 108 Rdnr. 4; Körner § 108 Erl. 1; Rauball § 108 Anm. 1; Zuhorn-Hoppe S. 315 f.

16) a.a.O.

Rechtsgedanken. Demgegenüber meint das Oberverwaltungsgericht Münster [17], die Aufsichtsbehörde ersetze die fehlende Beanstandung des Gemeindeorgans und handele damit an dessen Stelle.
Zwar besteht im Hinblick auf die Anweisung zur Beanstandung zwischen Aufsichtsbehörde und Gemeindeorgan ein hierarchisches Über- bzw. Unterordnungsverhältnis. Diese Subjektionsbeziehung betrifft jedoch nicht den materiellen (austrägalen) Charakter der gemeindeinternen Beanstandung, die von der kommunalaufsichtlichen wesensverschieden ist. Das Recht der Aufsichtsbehörde zur eigenen Beanstandung trotz gesetzlich vorgeschalteten gemeindeinternen Verfahrens wird daher zu Recht auf eine Analogie zu den Vorschriften über die kommunalaufsichtliche Ersatzvornahme gestützt. Die aufsichtsbehördliche Beanstandung entfaltet transitorischen Charakter [18] und ist daher dem angewiesenen Gemeindeorgan zuzurechnen.

XII. Amtshaftung der Kommunalaufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden

Die Aufsichtsbehörden tragen zwar keine sanktionable Verantwortung für die Rechtmäßigkeit gemeindlicher Beschlüsse und Anordnungen [19]. Die Pflicht, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen [20], bedeutet aber eine u.U. Haftungsansprüche auslösende Amtspflicht im Sinne des § 839

---

17) a.a.O.; ihm folgend: Zuhorn-Hoppe S. 315; Galette-Laux § 43 Anm. 1 b

18) Schnapp Jur. Diss. S. 138 = Heft 2 S. 82 zur Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht; Wolff-Bachof II § 72 I c 4 zum Begriff der Transitorität

19) Zuhorn-Hoppe S. 308

20) z.B. §§ 118 Abs. 1 GOBaWü, 64 VerfBrh, 135 Satz 1 GOHess, 127 Abs. 1 Satz 2 GONds, 106 Abs. 1 GONW, 117 Satz 1 GORhPf, 123 Abs. 1 Satz 1 GOSaar, 120 GOSchHol

BGB i.V.m. Art. 34 GG [21]. Diese Ansicht kann sich auf das Reichsgericht stützen, nach dessen Entscheidung [22] eine Amtspflicht der Kommunalaufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden besteht, die nicht nur aufsichtliche Zwangsmaßnahmen umfasse, sondern sich schlechthin auf alle Arten kommunalaufsichtlicher Betätigung erstrecke.
Die Aufsichtsbehörde verletzt ihre Amtspflicht zum einen, wenn sie trotz des für sie geltenden Legalitätsprinzips von einer Beanstandung absieht [23]. Zum anderen kann sich die Gemeinde auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG berufen, wenn der Beanstandungsverfügung nach Grund, Art und Umfang die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen.
Der Amtshaftungsanspruch entfällt, wenn die Gemeinde schuldhaft kein Rechtsmittel eingelegt hat [24]. Die Gemeinde muß sich gem. § 254 BGB mitwirkendes Verschulden insbesondere dann anrechnen lassen, wenn die Gemeindeordnung zunächst einem Gemeindeorgan ein gemeindeinternes Beanstandungsrecht zubilligt [25].

---

21) Masson-Samper Art 112 Rdnr. 2; Zuhorn-Hoppe a.a.O.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 180; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick § 120 Anm. 6; Helmreich-Widtmann Vor Art. 108 Anm. 10, Art. 112 Anm. 1; unklar: Hans J. Wolff III § 161 III b, der zwar anerkennt, daß durch Nichteinschreiten eine Amtspflichtsverletzung begangen werden kann, aber nicht sagt, ob dabei auch die beaufsichtigte Gemeinde selbst Anspruchsgläubigerin sein kann.

22) Urt. v. 23. Sept. 1927, RGZ 118, 94 (99)

23) Gerth DÖV 1959, 130 (131)

24) Helmreich-Widtmann Vor. Art 108 Anm. 10

25) Masson-Samper a.a.O.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 180 Fußn. 11

§ 9 Beanstandung und Widerspruchsverfahren

I. Problemstellung

Trifft die Gemeinde durch Regelung eines Einzelfalles eine Maßnahme mit Außenwirkung, indem sie einen Verwaltungsakt ausspricht, so sehen die gesetzlichen Vorschriften einiger Bundesländer Abweichungen für das Widerspruchsverfahren des belasteten Regelungsadressaten vor, sofern die Maßnahme zum Komplex der Selbstverwaltungsangelegenheiten gehört.
In Bayern [1], Bremerhaven [2] und Baden-Württemberg [3] ist nicht die Gemeinde als Selbstverwaltungsbehörde Widerspruchsbehörde für den Fall, daß dem Widerspruch nicht abgeholfen wird (§ 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO), sondern abweichend vom Grundsatz des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO die Rechtsaufsichtsbehörde.
Rheinland-Pfalz [4] und Saarland [5] kennen sog. Kreis- bzw. Stadtrechtsausschüsse, die im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren anstelle der in § 73 Abs. 1 u. 3 VwGO genannten Behörden berufen sind, Widerspruchsentscheide zu erlassen, sofern die den Verwaltungsakt erlassende Behörde nicht abhilft. Gegen diese Widerspruchsbescheide können die Bezirksregierung (Rheinland-Pfalz) bzw. der Minister des Innern (Saarland) Aufsichtsklage beim Verwaltungsgericht

---

1) Art. 119 Nr. 1 GOBay iVm Art 110 Satz und 2 GOBay

2) Art 9 Abs. 2 AGVwGO Bremen v. 15. März 1960, GBl S. 26 (berichtigt S. 35) iVm § 64 VerfBrh

3) § 7 Abs. 1 AGVwGOBaWü v. 22. März 1960 (GBl S. 94)

4) §§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1, 17 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO v. 26. Juli 1960, GVBl S. 145, in der Fassung des ÄnderungsG v. 10. Juli 1969 (GVBl S. 138)

5) §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 15 Abs. 1 AGVwGOSaar v. 5. Juli 1960 (ABl S. 558), in der Fassung des Gesetzes v. 4. Okt. 1972 (ABl S. 601)

erheben [6].

Besteht zwischen Widerspruchsbehörde und Kommunalaufsichtsbehörde Identität, so ergeben sich verfassungsrechtliche Spannungen daraus, daß im Widerspruchsverfahren gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nachgeprüft werden, während die Rechtsaufsichtsbehörde auf legalitätskontrollierende Akte beschränkt ist.
Die Aufsichtsklage wirft verwaltungsprozessuale Probleme auf, weil dieser Klagetyp keinen Individualrechtsschutz leistet.

II. Beanstandung und Widerspruchsverfahren in Rheinland-Pfalz und im Saarland

Die Untersuchung soll hier beschränkt werden auf die beanstandungsrechtliche Problematik [7]; andere Fragen wie die der Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Beanstandungs- bzw. Aufsichtsprozeß werden nicht gesondert behandelt.

1. Organisatorische Stellung der Rechtsausschüsse

Die Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) verlangt, daß gemeindliche Maßnahmen nur am Kriterium

---

6) von der Ermächtigung des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO haben keinen Gebrauch gemacht:
Hessen (§§ 6-9 AGVwGOHess enthalten keine abweichende Regelung; dazu: Schlempp § 142 Anm. III)
Niedersachsen (das VerwaltungsgerichtsG Nds trifft keine anderweitige Bestimmung)
Nordrhein-Westfalen (§ 7 AGVwGONW enthält für Selbstverwaltungsangelegenheiten keine andere Regelung, wobei mit Pagenkopf, Kommunalrecht S. 173 ff., davon auszugehen ist, daß "Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung" sui-generis-Charakter haben)
Schleswig-Holstein (§ 119 Abs. 1 LVwGSchHol trifft keine anderweitige Regelung; dazu auch: Kuhn § 119 Anm. 2)

7) Literatur hierzu: Hans J. Wolff III § 161 V g; Schunck-De Clerk § 73 Anm. 10 g und h; v. Oertzen DVBl 1961, 650; Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 16; Eyermann-Fröhler § 73 Rdnr. 3; Bettermann NJW 1967, 435; Zuhorn-Hoppe S. 313 und S. 329 f.; Rauball § 108 Anm. 9; Mayer/Ule S. 293; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 160; Bull Anm. DVBl 1971, 581; Scholz VVDStRL 34, 145 (212 Fußn. 262)

Rechtmäßigkeit nachgeprüft werden; Zweckmäßigkeitserwägungen wären verfassungsrechtlich unvereinbar [8]. Das Institut der Rechtsausschüsse wahrt dieses Gebot der Beschränkung auf die Legalitätskontrolle [9]. Diese gesetzliche Begrenzung ist wegen der Verselbständigung der Rechtsausschüsse erforderlich. Zwar gehören sie der Gebietskörperschaft an, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat. Da die Rechtsausschüsse jedoch Weisungen der Organe dieser Körperschaften nicht unterliegen, tritt eine Lösung von der gemeindlichen Verwaltungsorganisation ein. Die Widerspruchsbescheide der Rechtsausschüsse sind in gewisser Weise externe Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht und damit kommunalaufsichtlichen Beanstandungen durchaus vergleichbar. Der Konflikt zwischen dem Umfang der Nachprüfung im Widerspruchsverfahren gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO und der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Legalitätskontrolle findet somit eine im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verfassungskonforme Auflösung.

2. Beanstandungsklage als Rechtskontrolle

Soweit in §§ 17 Abs. 1 Satz 1 AGVwGORhPf, 15 Abs. 1 AGVwGOSaar die sog. Aufsichtsklage normiert ist, entsprechen diese Regelungen einem unabweisbaren Bedürfnis nach kommunalaufsichtlicher Rechtmäßigkeitskontrolle. Einerseits ergibt sich die Notwendigkeit der Beanstandungsklage [10] bereits daraus, daß die Rechtsausschüsse trotz ihrer Weisungsunabhängigkeit Teil der Exekutive sind. Da sie insoweit selbstverantwortlich und kontrollierbar sein müssen, hierfür aber

---

8) Schunck-De Clerk § 73 Anm. 10 g

9) § 7 Abs. 2 Satz 1 AGVwGORhPf; § 6 Abs. 2 AGVwGOSaar; a.A. Kopp, VwGO § 73 Anm. 3 b: "insoweit ist sie (scil. die Widerspruchsbehörde) auch an etwaige Beschränkungen des allgemeinen Aufsichtsrechts (z.B. des Kommunalaufsichtsrechts) nicht gebunden, da § 73 mit § 68 lex specialis ist."

10) dieser Terminologie ist der Vorzug einzuräumen; schon der Wortlaut der §§ 17 Abs. 1 Satz 1/ 15 Abs. 1 AGVwGORhPf/Saar stellt den die Rechtswidrigkeit rügenden Charakter dieser Verwaltungsgerichtsklage in Parallele zu den kommunalaufsichtlichen Beanstandungsvorschriften in den Vordergrund

infolge der Weisungsfreiheit Organe der Selbstverwaltungskörperschaft ausscheiden, kommen für die Kontrolle der Rechtsausschüsse nur höhere Exekutivinstanzen in Frage [11]. Zum anderen verlangt der Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Kontrollmöglichkeit im Einzelfall, um z.B. rechtswidrige Begünstigungen des Widerspruchsführers durch die Rechtsausschüsse zu verhindern [12]. Die Beanstandungsklage dient somit der Rechtskontrolle [13]; funktional steht sie der kommunalaufsichtlichen Beanstandung gleich.
Wie bei diesem Aufsichtsinstrument können mit der Beanstandungsklage neben Rechtsverletzungen auch Ermessensmißbrauch und Ermessensfehlgebrauch (§ 114 VwGO) geltend gemacht werden [14].

3. Beanstandungsklage als Relikt des preußischen Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit

In verwaltungsprozessual-dogmatischer Hinsicht kann das Rechtsinstitut der Beanstandungsklage in das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht eingepaßt

---

11) so im Ergebnis: OVG RhPf Urt. v. 9. Jan. 1964, AS 9, 130 (131 f.); die - allerdings abweichende - Begründung lautet: die Tätigkeit der Rechtsausschüsse unterliege parlamentarischer Verantwortlichkeit des Ressortministers gem. Art 104 Satz 2 LVerfRhPf (vgl. Art. 93 Satz 2 LVerfSaar); a.A.: Bull DVBl 1971, 581 (583): Die Verantwortung des Ministers gegenüber dem Parlament verlange keine Klagemöglichkeit als Ausgleich für den Verlust des Weisungsrechts; Verantwortlichkeit gehe nur so weit wie Einflußmöglichkeit; sei diese durch Laienbeteiligung an der Verwaltung beschnitten, könnten dem Fachminister diese Entscheidungen nicht vorgehalten werden.

12) OVG RhPf a.a.O. (132); OVG RhPf Urt. v. 9. Dez. 1965, AS 9, 407 (410); auf diesen Aspekt weist für die aufsichtsrechtliche Beanstandung das OVG Münster Urt. v. 23. Jan. 1963, OVGE 18, 227 (230) hin

13) OVG RhPf a.a.O.; BVerfG Beschl. v. 11. Okt. 1966, BVerfGE 20, 238 (255); BVerwG Urt. v. 22. April 1970, BVerwGE 35, 173 (174); Schunck-De Cerk § 73 Anm. 10

14) v. Oertzen DVBl 1961, 650 (653)

werden [15]. Die mangelnde subjektivrechtliche Beziehung des Beanstandungsklägers (= Aufsichtsbehörde) zum Streitgegenstand wird zwar durch die in § 42 Abs. 2 VwGO ("soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ...") geregelte Entbehrlichkeit der Klagebefugnis dieser Vorschrift überwunden [16].

Die Aufgabe des Verwaltungsgerichts besteht aber insbesondere auf der Grundlage der Art. 19 Abs. 4, 92 und 97 Abs. 1 GG primär in der Gewährung von Individualrechtsschutz [17]. Das Moment der Gewährleistung einer objektiven Rechtsanwendung tritt dahinter zurück.

Mit der Beanstandungsklage begehrt die Rechtsaufsichtsbehörde keinen "subjektiven" Rechtsschutz; denn sie kann sich nicht auf eine Vorschrift berufen, nach der sie von der Gemeinde die Wahrung des Gesetzmäßigkeitsprinzips verlangen kann. Art. 20 Abs. 3 GG gibt ein solches "Recht" nicht.

Die Beanstandungsklage ist vielmehr ein "objektivrechtliches Verfahren, in dem es nur um die Rechtmäßigkeit des vom Kläger beanstandeten Verhaltens des Beklagten geht" [18]. Damit handelt es sich um ein verfassungsrechtlich fragwürdiges Relikt des preußischen Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Nähe zum unerwünschten In-Sich-Prozeß

---

15) so auch: Bull DVBl 1971, 581 (582)

16) BVerwG a.a.O. (DVBl 1971, 579, 580); Bettermann NJW 1967, 435

17) Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 4 f. m.w.N.; Menger, Die Grundrechte III/2 S. 717 (728 f.) hält die Fragestellung für verfehlt, ob der Verwaltungsprozeß eine Kontrolle rechtmäßigen Verwaltungshandelns bezwecke oder Rechtsschutz für subjektive Rechte der Rechtsgenossen gewähre. Immerhin erkennt Menger DÖV 1969, 153 (154) an, daß heute die Entscheidung gegen das sog. Preußische System gefallen ist, bei dem der Schutz subjektiver Rechte hinter die Gewährleistung der objektiven Rechtsordnung bei der Rechtsanwendung durch die Verwaltungsbehörde zurückgetreten war (Menger DÖV 1963, 726, 727).
a.A. zur Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Niese JZ 1952, 353; früher OVG Münster Urt. v. 28. Nov. 1952, OVGE 5, 224 (226)

18) Bettermann NJW 1967, 435

zweier Verwaltungsbehörden drängt sich auf [19].
SCHOLZ [20] meint neuerdings, die Staatsaufsicht übernehme eine Rechtsschutzfunktion dort, wo die Aufsichtsbehörde gleichzeitig Widerspruchsinstanz gem. §§ 68 ff. VwGO sei. Diese These steht zunächst nicht im Einklang mit der vorherigen Ansicht von SCHOLZ, die Rechtmäßigkeitskontrolle der Kommunalaufsicht gehöre nicht in den Kontext kompensatorischen Rechtsschutzes, da die zweckorientierte Selbstkontrolle der Verwaltung nur indirekt den Interessen der Beteiligten diene. Weiter sprechen zwei Argumente gegen die Auffassung, die Kommunalaufsicht nehme Rechtsschutzfunktionen wahr. Zum einen fehlt der Rechtsaufsicht das für die Annahme kompensatorischen Rechtsschutzes unerläßliche Entlastungsmoment. Denn der durch den rechtswidrigen Widerspruchsbescheid belastete Adressat kann selbst die Verwaltungsgerichte in Anspruch nehmen. Zum anderen dürfte die Erhebung der Beanstandungsklage nicht in das Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt sein, wie das der Fall ist [21]. Da das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG die Tätigkeit der (beanstandenden) Kommunalaufsichtsbehörde dem Legalitätsgrundsatz ähnlich § 152 Abs. 2 StPO unterwirft, würde dies zwangsläufig zu einer Klageautomatik führen, die schon wegen des Kostenrisikos (§ 154 VwGO) unerträgliche Ergebnisse mit sich brächte.
Die Beanstandungsklage stellt ein konsequent-notwendiges Übel dar, das normiert werden mußte, weil die Schaffung der Rechtsausschüsse Entscheidungen aus der Verwaltungshierarchie herausnimmt und damit eine Kontrollmöglichkeit der Aufsichtsbehörde ausschließt [22]. Als solche Notwendigkeit muß die Beanstandungsklage trotz verwaltungsprozessualer Systemwidrigkeit zur lückenlosen Wahrung der

---

19) zu dieser Kritik: Bull DVBl 1971, 581 (582)

20) VVDStRL 34, 145 (212 Fußn. 262)

21) § 17 Abs. 1 Satz 1 AGVwGORhPf; § 15 Abs. 1 AGVwGO-Saar ("wenn sie ein öffentliches Interesse für geboten hält")

22) Bull a.a.O.

Legalitätskontrolle toleriert werden.

III. Beanstandung und Widerspruchsverfahren in Bayern, Bremerhaven und Baden-Württemberg

Einige Bundesländer haben von der Ermächtigung des § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwGO Gebrauch gemacht und die Befugnis zur Widerspruchsbescheidung im Fall der Nichtabhilfe durch die Selbstverwaltungsbehörde a quo den zuständigen Rechtsaufsichtsbehörden zugewiesen [23]. Damit treten Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und § 68 Abs. 2 Satz 1 VwGO in ein auflösungsbedürftiges Spannungsverhältnis. Einerseits gewährleistet das Selbstverwaltungsrecht den Kommunen, ihre originären Angelegenheiten in eigener Verantwortung und damit frei von Weisungen zu erfüllen; Rechtsaufsicht und Zweckmäßigkeitskontrolle sind kommunalaufsichtliche Unverträglichkeiten. Andererseits sollen im verwaltungsgerichtlichen Widerspruchsverfahren Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit gleichermaßen nachvollzogen werden [24].

1. Rechtsrüge und Widerspruchsbescheid der Aufsichtsbehörde

Wenn die Kommunalaufsichtsbehörde als zuständige Widerspruchsbehörde in Selbstverwaltungsangelegenheiten auf Widerspruch hin einen Verwaltungsakt der Gemeinde aufhebt oder

---

23) Art. 119 Nr. 1 GOBay (iVm Art. 110 Satz 1 und 2); Art. 9 Abs. 2 AGVwGOBremen (iVm § 64 VerfBrh); § 7 Abs. 1 AGVwGOBaWü

24) Literatur zu diesem Problem: Eyermann-Fröhler § 73 Rdnr. 3; Schunck-De Clerk § 73 Anm. 2 d; Redeker/v. Oertzen § 73 Rdnr. 2 f.; Kopp, VwGO § 73 Anm. 3 b; Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (160); Deinlein BayVBl 1961, 4; Fliegauf BWVBl 1963, 53; Kratzer BayVBl 1960, 165; Heinrich Scholler BayVBl 1961, 97; Heinz Scholler DÖV 1966, 232; Thierfelder BWVBl 1962, 184; derselbe BWVBl 1963, 137; Schiedermair BayVBl 1961, 357; Simon BayVBl 1969, 101; Ule DVBl 1964, 156; Menger/Erichsen VerwArchiv 56 (1965), 287 f.; Prandl/Zimmermann Art. 119 Anm. 1 und 2; Masson-Samper Art. 119 Rdnr. 3 und 4; Hölzl Art. 119 Anm. 2 b und 3; Helmreich-Widtmann Vor Art. 119 Anm. II 1 e und Art. 119 Anm. 3 und 6; Forsthoff, Lehrbuch S. 573 f.; Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 484 f.

abändert, wirkt sich diese Rechtsbehelfsentscheidung [25] für den Selbstverwaltungsträger wie eine Beanstandung durch die Rechtsaufsichtsbehörde aus [26]. Diese These wird zunächst dadurch erhärtet, daß in Bayern [27] und Baden-Württemberg [28] die Tätigkeit der mit der Rechtsaufsichtsbehörde identischen Widerspruchsbehörde auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist. Indem die Aufsichtsbehörde einen gemeindlichen Verwaltungsakt aufhebt oder abändert, rügt sie - zumindest konkludent - die rechtliche Fehlerhaftigkeit dieser Maßnahme. Diese Rechtsrüge stellt aber auch einen typischen (selbständigen) Bestandteil der Beanstandung dar. Daran ändert die unterschiedliche Wirkung von Widerspruchsbescheid und Beanstandung nichts; während im ersten Fall kassatorische Beseitigung des angegriffenen Verwaltungsakts ausgelöst wird, entfaltet die Beanstandung lediglich vollzugshemmende Rechtswirkungen.

Soweit in Bremerhaven Widersprüche gegen Verwaltungsakte auf dem Gebiet der Selbstverwaltungsangelegenheiten generell und ohne Beschränkung auf die Rechtmäßigkeitskontrolle vom zuständigen Senator der Landesregierung der Freien Hansestadt Bremen (Art. 9 Abs. 2 AGVwGOBrh) be-

---

25) terminologisch präzise handelt es sich um eine Rechtsmittelentscheidung; es besteht nämlich Devolutiveffekt (Anfallwirkung), weil die Aufsichtsbehörde als Behörde ad quem bescheidet.

26) VGH Mannheim Urt. v. 21. Febr. 1962 (-Az. I 772/60 - unveröffentlichte Entscheidung, auf die Hans H. Klein a.a.O. und Fliegauf a.a.O. Bezug nehmen); VGH Mannheim, Urt. v. 21. Mai 1963, DVBl 1964, 154 (155) mit Anm. Ule; Hans H. Klein a.a.O.; Fliegauf a.a.O. (54); Mang/Maunz/Mayer/Obermayer a.a.O.; a.A.: Simon a.a.O.: Die Rechtsaufsicht sei streng vom Widerspruchsverfahren und der Entscheidung über den Widerspruch zu trennen; a.A. auch Helmreich-Widtmann Vor Art. 119 Anm. II 1 e: die Widerspruchsentscheidung sei keine Aufsichtsverfügung

27) Art. 119 Nr. 1 1.Halbsatz GO ausdrücklich

28) § 7 Abs. 1 Satz 2 AGVwGO weist die Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit der Gemeinde zu

schieden werden [29], steht diese Regelung in verfassungswidrigem Gegensatz zu § 2 VerfBrh, der in Ausführung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG der Stadt Bremerhaven die Verwaltung der Selbstverwaltungsangelegenheiten "unter eigener Verantwortung" überläßt. Dieser Konflikt wird durch verfassungskonforme Auslegung dahin zu lösen sein, daß - wie in Bayern und Baden-Württemberg - der Rechtsaufsichtsbehörde bei der Widerspruchsbescheidung Zweckmäßigkeitsüberprüfungen versagt bleiben.
Die Zuweisung der Rechtskontrolle an die Widerspruchsbehörde unter gleichzeitigem Verbleib der Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Gemeinde führt zu einer Spaltung des Widerspruchsverfahrens [30]. Diese Regelung begegnet aber keinen rechtlichen Bedenken, da die VwGO - ersichtlich - nicht vorschreibt, daß gerade die Widerspruchsbehörde selbst über Zweckmäßigkeitsfragen entscheidet [31].

2. Widerspruchsbescheid als Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde

Umstritten ist die Frage, ob der aufhebende oder abändernde Widerspruchsbescheid gegenüber der Gemeindebehörde einen Verwaltungsakt darstellt, den die Gemeinde mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage angreifen kann. Nach Ansicht das Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes [32] kann die Gemeinde gegen einen aufhebenden oder abändernden Widerspruchsbescheid keine Anfechtungsklage erheben, weil dieser keinen Verwaltungsakt gegenüber der Selbstverwaltungskörperschaft darstelle; die Kommunalaufsichtsbehörde beabsichtigt nicht, mit dem Widerspruchsbescheid zugleich eine rechtsaufsichtliche Verfügung gegenüber der Gemeinde auszusprechen. Eine Klagebefugnis scheide so lange aus, wie eigene Belange der Kommune (z.B. finanzielle Auswirkungen möglichen Steuerausfalls) nicht auf dem Spiel

---

29) dazu: Hans H. Klein, Die Verwaltung 1968, 145 (160)

30) Deinlein BayVBl 1961, 4 (7); Kratzer BayVBl 1960, 165 (167); Scholler BayVBl 1961, 97 (98)

31) Helmreich-Widtmann Art. 119 Anm. 6; Eyermann-Fröhler § 73 Rdnr. 3; Kratzer a.a.O.

32) Urt. v. 16. Febr. 1960, BayVBl 1960, 125 mit Anm. Mang; Urt. v. 23. Nov. 1966; BayVBl 1967, 69

ständen. Auch FLIEGAUF [33] sieht die Widerspruchsentscheidung im Verhältnis zur Gemeinde nicht als Verwaltungsakt an; die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde sei wertend und kassatorisch, vergleichbar der Rechtskontrolle durch die Verwaltungsgerichte. Den Gemeinden stehe gegen Entscheidungen der Rechtsaufsichtsbehörden im Widerspruchsverfahren keine Klagebefugnis zu; der Gesetzgeber habe nur einen Teil der rechtsaufsichtsbehördlichen Akte für anfechtbar erklärt; das rechtfertige den Schluß, daß darüber hinaus Widerspruchsentscheidungen nicht angegriffen werden können. Dieser Ansicht tritt der Verwaltungsgerichtshof Mannheim [34] entgegen. Widerspruchsbescheide der Aufsichtsbehörde stellten gegenüber der Gemeinde Verwaltungsakte dar. In der Aufhebung oder Abänderung einer gemeindlichen Verfügung liege die "vorrangige Feststellung", daß diese Maßnahme wegen Rechtswidrigkeit rechtsaufsichtlich korregierbar sei.
Diese Meinung vertritt auch das Bundesverwaltungsgericht [35]. Die belastende Verfügung der Aufsichtsbehörde stelle einen im Verwaltungsrechtsweg angreifbaren Verwaltungsakt dar, wenn die Maßnahme in einem förmlichen Verwaltungsverfahren in Form eines Widerspruchsbescheides gegen eine Entscheidung der Gemeinde ergangen sei.
Letztere Auffassung [36] verdient den Vorzug. Zu Recht weisen MENGER/ERICHSEN [37] darauf hin, daß hier ein Fall des § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwGO vorliegt. Die Gemeinde ist Dritter, da sie durch den ersten (von ihr selbst erlassenen) Verwaltungsakt nicht beschwert wurde, nunmehr aber durch den (beanstandeten) Widerspruchsbescheid erst-

---

33) BWVBl 1963, 53 (55)

34) Urt. v. 21. Mai 1963, DVBl 1964, 155 mit Anm. Ule

35) Urt. v. 9. Juli 1964, BVerwGE 19, 121 (122) = DVBl 1965, 86 (87) m.w.N.

36) ihr folgend: Menger/Erichsen VerwArchiv 56 (1965), 287 f.; Forsthoff, Lehrbuch S. 573 f.; Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 484 f.; Helmreich-Widtmann Vor Art. 119 Anm. II 1 e; Ule DVBl 1964, 156; Thierfelder BWVBl 1962, 184; derselbe BWVBl 1963, 137

37) a.a.O. (288); so auch Eyermann-Fröhler § 68 Rdnr. 14 m.w.N.

malige Belastung erfährt (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Schließlich erfüllt die Klagebefugnis gegen Widerspruchsbescheide zu Gunsten des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine Kautelarfunktion. Mangels Justitiabilität wäre die Kommunalaufsichtsbehörde ansonsten nicht gehindert, im Widerspruchsverfahren auch Ermessenskontrolle auszuüben [39]. Anhand eines Randproblems zeigt sich jedoch, daß die Regelungen in Art. 119 Nr. 1 GOBay und § 7 Abs. 1 AGVwGOBaWü keine letztlich widerspruchsfreien Lösungen des Konfliktes zwischen § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO ("Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit") und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ("in eigener Verantwortung") bedeuten. Dabei soll allerdings nicht verkannt werden, daß diese Regelungen durchaus respektabel begründbar sind [40].

3. Beanstandung und Bestandskraft fehlerhafter Gemeindeakte

Höchst streitig wird diskutiert, ob die Widerspruchsbehörde trotz versäumter Widerspruchsfrist sachlich über einen Widerspruch entscheiden darf. Während Rechtsprechung [41] und herrschende Literaturmeinung [42] die Zulässigkeit bejahen, meint eine in der Minderheit befindliche Ansicht [43], bei

---

39) vgl. VGH Mannheim a.a.O.

40) dazu: Masson-Samper Art. 119 Rdnr. 3: bei kleinen Gemeinden ohne juristisch vorgebildete Fachkräfte könne die Beseitigung rechtlicher Mängel nicht erwartet werden; Sinn des Art. 119 Nr. 1 GOBay sei es, mittels Prüfung einschlägiger Rechtsfragen durch die Kommunalaufsichtsbehörde aussichtslose und kostspielige Prozesse zu vermeiden.
Angesichts der kommunalen Neugliederungen mit der Tendenz, leistungsstarke Gemeinden zu schaffen, wird diese Argumentation zunehmend obsolet.

41) BVerwG Urt. v. 16. Jan. 1964, DVBl 1965, 89 mit zustimm. Anm. Siegmund-Schultze; BVerwG Urt. v. 27. Okt. 1966, DVBl 1967, 237; BVerwG Beschl. v. 24. Mai 1969, BayVBl 1969, 357 m.w.N.; BVerwG Urt. v. 31. Jan. 1975, BayVBl 1975, 478 m.w.N.

42) statt vieler: Redeker/v. Oertzen § 70 Rdnr. 7 f. m.w.N.; Kopp, VwGO § 70 Anm. 3

43) Menger/Erichsen VerwArchiv 56 (1965), 288 (294); v. Mutius S. 197 ff. (m.w.N. in Fußn. 85)

verspätet eingelegtem Widerspruch fehle es an einer Sachurteilsvoraussetzung, so daß die Klage als unzulässig abzuweisen sei.

In Fortentwicklung seiner Rechtsprechung judiziert das Bundesverwaltungsgericht [44], trotz Überschreitung der Widerspruchsfrist sei eine Klage selbst dann zulässig, wenn dem Widerspruch der Verwaltungsakt einer Gemeinde in Selbstverwaltungsangelegenheit zugrunde liege. Das Recht, gemeindliche Maßnahmen zu überprüfen, begründe die Befugnis der Aufsichtsbehörde, auch nachträglich Widersprüche zu bescheiden [45].

Die Überbetonung der formalen Verfahrensbefugnisse der Widerspruchsbehörde führt zu einer bedenklichen Einschränkung des materiellen Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden. Die Selbstverwaltungskörperschaften müssen sich aus Gründen der Rechtssicherheit darauf verlassen können, daß ihre Verwaltungsakte nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen in Bestandskraft erwachsen. In diesem Zeitpunkt erlischt die Befugnis zur rechtsgestaltenden Widerspruchsbescheidung. Jede weitere Tätigkeit der Widerspruchsbehörde bedeutet die Begründung eines "Selbsteintrittsrechtes" [46]. Ein solches kann nur bestehen, wenn zwischen Widerspruchsbehörde und Gemeinde ein weisungsberechtigendes Überordnungsverhältnis besteht. Eine solche Beziehung scheidet aber in Selbstverwaltungsangelegenheiten aus, weil Staats- und Gemeindeorganisation hier grundsätzlich separiert sind. Nach versäumter Widerspruchsfrist kann die Widerspruchsbehörde keine sachliche Vorbescheidung mehr vornehmen, ohne in

---

44) Urt. v. 18. Sept. 1970, DÖV 1971, 393 (394); so auch: Prandl/Zimmermann Art. 119 Anm. 1

45) der bayVGH Urt. v. 15. Febr. 1973, BayVBl 1973, 556 (557) bejaht diese Zulässigkeit auch, wenn das Verwaltungsgericht die Klage des Adressaten zunächst wegen Fristablauf gem. § 76 VwGO als unzulässig abweist und die Widerspruchsbehörde nach Einlegung der Berufung sachlich über den Widerspruch entscheidet; dazu: Prandl/ Zimmermann a.a.O.

46) vgl. Menger VerwArchiv 53 (1962), 396 f.; Menger/ Erichsen VerwArchiv 56 (1965), 288 (294); v. Mutius S. 199 mit Fußn. 99 und 100

unzulässiger Weise Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu verletzen [47].

---

47) ähnlich Scholler DÖV 1966, 232 (235); zum Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts gehörten Normierung und Minimalisierung der Rechtsaufsicht; das in Art. 109 ff. GOBay geregelte Kommunalaufsichtsverfahren würde aber vom Widerspruchsbeverfahren durchkreuzt, wollte man die einmal begründete Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde für unbegrenzte Zeit fortwirken lassen.

§ 10 Rechtsschutz der Gemeinde gegen die Beanstandung

Die Frage, welcher Rechtsschutz den Kommunalkörperschaften gegen Beanstandungsverfügungen der Aufsichtsbehörde zusteht, ist in doppelter Hinsicht von Interesse: Einmal, weil die Rechtsrüge den Vollzug des beanstandeten Beschlusses bzw. der rechtsfehlerhaften Anordnung im Sinne eines Suspensiveffektes hemmt. Zum anderen folgt aus dem Wesen von Beanstandung und Rechtsschutz eine untersuchungswürdige Atypizität. Zwar bedeutet verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz auf der Basis der Art. 19 Abs. 4, 92, 95 und 97 GG primär Gewährleistung individueller Rechtspositionen; gleichzeitig erfolgt jedoch - wenn auch nachrangig - eine objektive Kontrolle des (rechtmäßigen) Verwaltungshandelns. Diesen Sekundäreffekt zu leugnen, hieße die geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (süddeutsches System contra preußisches) mißzuverstehen. Rechtsschutz gegen kommunalaufsichtliche Beanstandungen, denen jeder Gedanke individueller Rechtsschutzgewährung fernliegt, beinhaltet insoweit auch Kontrolle der Kontrolle.

I. Rechtsschutzfähigkeit der Gemeinde

Die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften partizipieren als juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar an der grundgesetzlichen Individualrechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Die Gewährleistung eines lückenlosen Rechtsschutzes verlangt nach extensiver Interpretation des Tatbestandsmerkmals "Jemand". Die im aufsichtlichen Beanstandungsrecht festgelegte Eingriffsunterwerfung, nämlich die Tangierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, setzt ein Korrelat voraus, das nur in der durch gerichtliche Zuhilfe-

nahme effektuierten Abwehrbefugnis bestehen kann [1) 2)].
Die Gemeindeordnungen regeln das Rechtsschutzverfahren gegen Beanstandungen unterschiedlich. §§ 125 GOBaWü, 142 GOHess verweisen auf die Anfechtungsklage nach dem 8. Abschnitt der VwGO (§§ 68 bis 80) und schreiben somit über § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO indirekt auch die Durchführung eines Vorverfahrens zwingend vor. Art. 120 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GOBay regelt zwar ausdrücklich nur das Widerspruchsverfahren, schließt damit aber ein sich anschließendes verwaltungsgerichtliches Verfahren nicht aus [3)], da er im Gegensatz zu Art. 119 GOBay keine materiell-rechtlichen Bestandteile enthält, sondern bloße Zuständigkeiten regelt [4)]. Während nach §§ 126 GORhPf, 132 GOSaar Beanstandungen nur mit Widerspruch und Klage angegriffen werden können, muß gem. § 112 GONW unmittelbar die verwaltungsgerichtliche Klage erhoben werden. § 119 Abs. 1 LVwGSchHol verweist gleichfalls auf die VwGO, soweit dort die förmlichen Rechtsbehelfe (darunter fällt auch der Widerspruch) geregelt werden. In Bremerhaven und Niedersachsen [5)] fehlt jede gesetzliche Regelung des gemeindlichen Rechtsschutzes gegen aufsichtsbehördliche Beanstandungen.
Die den Rechtsweg gegen die Beanstandung regelnden Vorschriften haben keinen konstitutiven, sondern lediglich deklaratorischen Charakter, soweit hierin eine Rechtswegeröffnung liegt [6)]. Die konkurrierende Gesetzgebungskompe-

---

1) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 16; Wernicke, in: Bonner Kommentar Art. 19 Erl. II 4 (S. 9 ff.); Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 786 f.; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 215; Scheerbarth DVBl 1953, 261 (264)

2) vgl. auch § 54 Abs. 3 SGG, nach dem eine Körperschaft mit der Klage die Aufhebung einer Anordnung der Aufsichtsbehörde begehren kann, wenn sie behauptet, die Anordnung überschreite das Aufsichtsrecht. "Anordnung" im Sinne des § 54 Abs. 3 SGG umfaßt alle aufsichtlichen Maßnahmen.

3) Masson-Samper Art 120 Rdnr. 1 (Art. 119 Rdnr. 1); Helmreich-Widtmann Art. 120 Anm. 1

4) Hölzl Art. 120 VorAnm. 1; Prandl/Zimmermann Art. 120 Anm. 1

5) zur Anfechtbarkeit dort gem. §§ 68 ff., 74 ff. VwGO: Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 1 (ausführlich)

tenz des Bundes erstreckt sich gem. Art. 74 Nr. 1 GG auch auf die Gerichtsbarkeit einschließlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit [7]. Mit der Schaffung der VwGO hat der Bund von seiner Zuständigkeit erschöpfend Gebrauch gemacht [8], so daß den Bundesländern jede Regelungskompetenz genommen ist.

Die Überflüssigkeit der landesrechtlichen Vorschriften über den Rechtsschutz gegen Beanstandungen folgt mit Ausnahme des § 112 GONW auch daraus, daß diese Regelungen von der Ermächtigung des § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO keinen Gebrauch machen. Diese Norm gestattet es, durch "Gesetz" das Vorverfahren entbehrlich zu machen. Unter Gesetz wird dabei unter anderem ein Landesgesetz verstanden [9]. Lediglich § 112 GONW erübrigt in Anwendung des § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO ein Widerspruchsverfahren vor Erhebung der Verwaltungsklage [10].

Den Rechtsweg gegen Beanstandungen eröffnet somit das Bundesrecht (§§ 40 ff. VwGO) [11], da die aufsichtsbehördliche Rechtsrüge wegen der von ihr intendierten Rechtswirkung Verwaltungsakt im Sinne der §§ 42 Abs. 1 VwGO, 35 Satz 1 VwVfG ist.

II. Probleme des Rechtsschutzverfahrens

Die Beanstandung besitzt zumindest wegen der von ihr ausgelösten Vollzugshemmung Verwaltungscharakter. Es kann

---

6) Helmreich-Widtmann Vor Art. 119 Vorbemerkung (S. 635)

7) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 74 Rdnr. 29 m.w.N.

8) BVerfG Beschl. v. 11. Okt. 1966, MDR 1967, 191 f.

9) Eyermann-Fröhler § 68 Rdnr. 7 ff.; Redeker/v. Oertzen § 68 Rdnr. 9 f.; Schunck-De Clerk § 68 Anm. 2 a; Kopp VwGO Anm. 5 a

10) Redeker/v. Oertzen a.a.O. (Rdnr. 10); Schunck-De Clerk a.a.O. (soweit es dort heißt "§ 122 GONW" handelt es sich um einen Druckfehler; die GONW endet mit § 120

11) Helmreich-Widtmann a.a.O. (S. 635 und 643); Zuhorn-Hoppe S. 326; Körner § 112 Erl. 2; Rauball § 112 Anm. 1; Kottenberg-Rehn § 112 Anm. I 1; v. Loebell § 112 Anm. 3; Bocks S. 20; OVG Münster Urt. v. 8. Jan. 1964, OVGE 19, 192 (195); a.A. VG Düsseldorf (zit. bei Bocks S. 19)

keinen Zweifeln unterliegen, daß als richtige Klageart nur die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO in Betracht kommt [12].

Im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 Satz 1 DGO, der eine Beschwerde "binnen zwei Wochen" vorsah, wird die Frist für Klageerhebungen gegen Beanstandungen nunmehr außerhalb der Gemeindeordnungen geregelt. Sie beträgt einen Monat, wenn die Beanstandungsverfügung mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen war (§ 74 Abs. 1 VwGO), ansonsten ein Jahr (§ 58 Abs. 2 VwGO) [13].

Die gegen die Beanstandung gerichtete Anfechtungsklage löst nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung aus. Unabhängig von dem Streit darüber, ob Suspensiveffekt im Sinne dieser Vorschrift Wirksamkeitshemmung [14] oder bloße Vollzugshemmung [15] bedeutet, bewirkt die Anfechtungsklage (und vorher schon der Widerspruch) zweierlei: Zum einen verliert die Beanstandung als repressive Rechtsaufsichtsmaßnahme ihre wesentliche Bedeutung, nämlich den gerügten Beschluß bzw. die normierte Anordnung der Gemeinde zu suspendieren [16]. Zum anderen - und das ist die Kehrseite der vorerwähnten Wirkung - lebt der beanstandete Gemeindeakt in voller Rechtswirksamkeit wieder auf, d.h. er wird uneingeschränkt vollzugsfähig [17].

Will die Kommunalaufsichtsbehörde während des Verwaltungsgerichtsverfahrens die Durchführung des Gemeindeaktes verhindern, ist sie auf den Weg des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO

---

12) BVerwG Urt. v. 9. Juli 1964, BVerwGE 19, 121 (122) = DVBl 1965, 86; OVG Münster a.a.O.; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 7; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. 1 m.w.N.; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 4; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 125 Anm. 6; v. Loebell § 112 Anm. 3; Schlempp § 142 Anm. I; Rauball § 112 Anm. 1

13) Zuhorn-Hoppe S. 329; Lüersen-Neuffer a.a.O.

14) Eyermann-Fröhler § 80 Rdnr. 4 m.w.N.

15) BVerwG Urt. v. 21. Juni 1961, BVerwGE 13, 1 (5 ff.); Redeker/v. Oertzen § 80 Anm. 1 m.w.N.

16) so Zuhorn-Hoppe a.a.O. und S. 314

17) Forsthoff, Lehrbuch S. 574

verwiesen. Sie muß die sofortige Vollziehung der Beanstandung besonders anordnen [18]. Diese Anordnung muß gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO schriftlich begründet werden. Es reicht also eine bloße Fristsetzung zur Beseitigung eventueller Vollzugsmaßnahmen nicht aus; denn darin läge nur eine konkludente Anordnung [19].

Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beanstandung kann die Gemeinde den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen [20].

Im Anfechtungsprozeß gegen eine Beanstandung obsiegt die Gemeinde nur, wenn sie in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

Dieses Tatbestandsmerkmal bereitet dann Schwierigkeiten, wenn man in ihm "dem Verwaltungsrecht heterogen vorgebende Rechte Einzelner" [21] im Sinne von Individualrechten sieht. Da letztlich alle Individualrechte auf staatsgerichteten Grundrechten basieren, scheint es zweifelhaft, ob eine Gemeinde überhaupt Rechte im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO besitzt.

Das Bundesverfassungsgericht [22] verneint die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit dem sogenannten Identitätsargument; diese juristischen Personen stellten nur eine besondere Erscheinungsform der einheitlichen Staatsgewalt dar, der Staat könne aber nicht gleichzeitig Adressat (d.h. Verpflichteter) und Berechtigter der Grundrechte sein.

---

18) OVG Münster Beschl. v. 9. Jan. 1962, DÖV 1962, 953 (954) = VerwRspr 14, 889; ihm folgend: Forsthoff a.a.O.; Zuhorn-Hoppe S. 314; Pagenkopf, Kommunalrecht S. 376; Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 7; Salzwedel, in: Loschelder-Salzwedel, Kommunalrecht S. 291, Hofmann-Beth-Dreibus § 126 Erl.

19) Helmreich-Widtmann a.a.O.

20) Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 125 Anm. 5; Lüersen-Neuffer § 130 Anm. I

21) Rupp AöR 88 (1963), 479 (487)

22) Beschl. v. 2. Mai 1967, BVerfGE 21, 362 (370); vgl. dazu auch: v. Mutius, in: Bonner Kommentar Art. 19 Erl. III (Neubearb.)

Einer Kritik der teilweise scharf angegriffenen Rechtsprechung bedarf es indes nicht, da der Begriff "Recht" in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO unter Berücksichtigung der Art. 19 Abs. 4 und 28 Abs. 2 Satz 1 GG so auszulegen ist, daß sich ein Rückgriff auf vermeintliche Grundrechtspositionen der Kommunen erübrigt. Art. 19 Abs. 4 GG versteht unter "Rechten" nicht nur Grundrechte [23]. Das folgt schon aus der überragenden Bedeutung der Garantie verfahrensrechtlich lückenlosen Rechtsschutzes, mit der jede restriktive Auslegung des Begriffes Rechte kollidieren würde. Unter Rechten im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sind sämtliche rechtlich geschützten Interessen und Reflexrechte zu verstehen [24].

Demgemäß umfaßt der Begriff der Rechtsverletzung nach §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Schmälerung oder Beeinträchtigung jeder Rechtsposition [25]. Diese Rechtsverletzung setzt jedoch nicht notwendig die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts [26] voraus. Ob das Selbstverwaltungsrecht ein solches Recht, ja sogar ein Grundrecht ist [27], kann aber dahinstehen. Denn das Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung garantiert gerade die Freiheit vom gesetzlosen und gesetzwidrigen Eingreifen [28], so daß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG dem Begriff

---

23) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 Abs. IV Rdnr. 16

24) Wernicke, in: Bonner Kommentar Art. 19 Erl. II 4 b (S. 11)

25) Eyermann-Fröhler § 42 Rdnr. 90;
BVerwG Urt. v. 28. Jan. 1960, BVerwGE 10, 122 (123): "der rechtlich geschützte Lebenskreis des Klägers"

26) zum Begriff der subjektiv öffentlichen Rechte: Wolff-Bachof I § 43 passim

27) so Bettermann NJW 1969, 1321 (1327); in dieser Frage herrscht Streit, ob Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht bloße institutionelle Garantie sei; dazu: Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog Art. 28 Rdnr. 24 ff. (28)

28) Schnapp, Der Städtetag 1969, 534 (538)

Recht im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO gleichzustellen ist [29].

Die Gemeinde kann Beanstandungen mit den Rechtsbehauptungen angreifen, daß die formellen und materiellen Tatbestandsvoraussetzungen für ein aufsichtsbehördliches Einschreiten nicht vorliegen [30]. Als Emanation des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG können die Kommunen das subjektiv-öffentliche Recht auf Unterlassung rechtsfehlerhafter Beanstandungen geltend machen [31].

---

29) Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 84; StGH BaWü, Urt. v. 6. Mai 1967, ESVGH 18, 1 (2 ff.); im Ergebnis gleich: Bettermann a.a.O.; Schnapp a.a.O; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 215

30) Lüersen-Neuffer § 130 Anm. I

31) Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 486

§ 11 Beanstandung und Drittbetroffene

Die vorstehenden Erörterungen zur Beziehung zwischen Beanstandung und Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO haben bereits aufgezeigt, daß in den Bundesländern Rheinland-Pfalz und Saarland sowie Bayern, Baden-Württemberg und Bremerhaven abweichende Verfahrens- und Zuständigkeitsnormen drittbetroffene Bürger in Zusammenhang mit der Beanstandungsverfügung bringen können. Diese Problematik bedarf somit getrennter Untersuchung.

I. Anspruch Dritter auf kommunalaufsichtliche Beanstandung

Das moderne Verfassungsverständnis begründet das Rechtsinstitut der Beanstandung als Mittel interner Rechtskontrolle aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG [1]. Diese verfassungsrechtliche Komponente zwingt dazu, die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden dem Legalitätsgrundsatz, wie er etwa in § 152 Abs. 2 StPO zum Ausdruck kommt, zu unterwerfen.

Die Rechtsprechung [2] lehnt jeden Anspruch des einzelnen Bürgers auf rechtsaufsichtliche Beanstandung ab. Die Maßnahmen des Staates beschränken sich ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde. Dieser Ansicht folgt das herrschende Schrifttum [3]. Eine "Vornahmeklage" Dritter auf ein aufsichtsbehördliches Einschreiten gegen die Gemeinde sei "stets" unzulässig.

Der Bundesgerichtshof [4] verneint im Bereich der Versiche-

---

1) Wenzel BayBM 1973, 61 (62)

2) BayVGH Urt. v. 24. Okt. 1956, BayBM 1957, 90 (91)
BVerwG Beschl. v. 19. Juni 1972, DÖV 1972, 723 m.w.N.

3) Wenzel a.a.O.; Salzwedel, in: Loschelder-Salzwedel S. 288; Hofmann-Beth-Dreibus § 121 Anm. 3; Helmreich-Widtmann Vor Art. 108 Anm. 7; Knemeyer S. 195; Kunze/Schmidt/Bronner/Rehm § 118 Anm. I 7

4) Urt. v. 24. Jan. 1972, NJW 1972, 577 (579)

rungsaufsicht trotz § 180 Abs. 2 Satz 1 VAG ("Belangen der Versicherten") eine dem Schutz des einzelnen Verkehrsteilnehmers dienende Amtspflicht zum Tätigwerden. In ähnlicher Tendenz judiziert das Bundesverfassungsgericht [5], § 8 Abs. 1 und 2 AEG begründe keinen rechtlich verfolgbaren subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Bundesminister für Verkehr auf Verhinderung unbilligen Wettbewerbs. Die Tätigkeit dieser Behörde diene nur dem Allgemeininteresse und könne sich daher auf den Einzelnen nur mittelbar begünstigend oder benachteiligend auswirken.
Dagegen wird bei Gefährdung von Individualrechtsgütern im Ordnungsrecht allgemein ein Anspruch des Betroffenen auf Tätigwerden der Ordnungsbehörde angenommen [6].
WERNER WEBER [7] vertritt die Auffassung, wenn rechtswidriges Tun im kommunalen Selbstverwaltungsbereich nachhaltig in die Persönlichkeitssphäre, die Freiheit und das Eigentum des Bürgers eingreife, gleiche diese Lage der Situation beim Rechtsanspruch des Einzelnen auf polizeiliches Einschreiten. Auch hier gehe die Entwicklung dahin, "in allen ernsteren Fällen einer Störung eine notfalls durch Klage erzwingbare ... anspruchsbegründende Pflicht zum Tätigwerden zu bejahen".
Diese Meinung ist abzulehnen, da ihr ein für den Vergleich erforderliches tertium comparationis fehlt. Dieses könnte nur im Kriterium des Funktionsschutzes [8] zu suchen sein. Im Ordnungsrecht führt die Gefährdung höchstpersönlicher Rechtsgüter zur Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das Einschreiten der Ordnungsbehörde soll also die individuelle Gefahrenlage des Einzelnen beseitigen. Demgegenüber will die kommunalaufsichtliche Beanstandung aus-

---

5) Beschl. v. 27. April 1971, BVerfGE 31, 33 (40)

6) BVerwG Urt. v. 25. Febr. 1969, DÖV 1969, 465 (Immissionsschutz); VGH Hessen Urt. v. 12. Juli 1968, DVBl 1970, 66 (67) (Baurecht); Menger/Erichsen VerwArchiv 57 (1966), 180 (182 f.)

7) Schriftenreiche der Hochschule Speyer, Band 19, S. 20 f. m.w.N. in Fußn. 4

8) Stein S. 18

schließlich Verletzungen des objektiven Rechts eleminieren, seien sie verfahrensrechtlicher oder materiellrechtlicher Art. Greifen gemeindliche Beschlüsse oder Anordnungen in die Rechtssphäre eines Drittbetroffenen ungerechtfertigt ein, so stellt diese Rechtsgutverletzung keinen Beanstandungsanlaß dar. Diesen liefert vielmehr allein die Divergenz zum objektiven Recht. Hierin erschöpft sich der Funktionsschutz der Beanstandung auf der Grundlage des Art. 20 Abs. 3 GG.

II. Rechtsschutz des Drittbetroffenen gegen Beanstandungen

Wollte sich ein Bürger gegen Beanstandungen, die im Verhältnis der Rechtsaufsichtsbehörde zur Gemeinde Verwaltungsakte darstellen, verwaltungsgerichtlich wehren, müßte er substantiiert geltend machen, durch diesen Verwaltungsakt "in seinen Rechten verletzt zu sein" (§ 42 Abs. 2 VwGO). Der hierzu vom Bundesverwaltungsgericht [9] entschiedene Fall zeigt sehr deutlich, daß dies schlechterdings unmöglich ist. Dort hatte der beklagte Landkreis eine Gemeinde zu einer Kreisumlage herangezogen. Hiergegen richtete sich die Klage des Gemeindebürgers. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Klage wegen fehlender Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) als unzulässig ab. Die Kreisumlage berühre den Kläger nur mittelbar und tatsächlich, wenn sie erhöhte Gemeindesteuern zur Folge habe, nicht aber unmittelbar rechtlich.

Die Geltendmachung der Rechtsverletzung im Sinne der Klagebefugnis setzt voraus, daß sich die "unmittelbare Rechtswirkung" (§ 35 Satz 1 VwVfG) [9a] des angegriffenen Verwaltungsaktes ohne Umsetzung oder Vermittlung anderer [10] gegen den Kläger richtet.

Die in der Beanstandung als selbständiges Regelungselement enthaltene Rechtsrüge äußert über das Verhältnis Staat-Gemeinde keine unmittelbaren Rechtswirkungen, da sie le-

---

9) Beschl. v. 4. April 1961, VerwRspr. 13 Nr. 271

9a) Forsthoff, Lehrbuch S. 198

10) dazu Heinze DÖV 1962, 834 (836); Vorbeck S. 137 m.w.N. in Fußn. 4

diglich einen Selbstberichtigungsbefehl an die Kommune ausspricht.
Soweit die Gemeindeordnung der beanstandenden Rechtsaufsichtsbehörde die Befugnis einräumt, von der Gemeinde die Rückgängigmachung aufgrund inkriminierter Beschlüsse oder Anordnungen ergangener Maßnahmen zu verlangen [11], wird die Rechtsposition des Drittbetroffenen ebenfalls unmittelbar nicht betroffen. Das aufsichtsbehördliche Rückgängigmachungsgebot kann sich gegenüber dem Bürger direkt erst auswirken, wenn die Gemeinde selbst ihre Maßnahme revidiert, indem sie das Gebot der Aufsichtsbehörde umsetzt.
Dem Bürger fehlt somit mangels unmittelbarer Rechtsbetroffenheit die für eine Anfechtungsklage erforderliche Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) [12].
Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zwischen Gemeinde und Kommunalaufsichtsbehörde wegen einer Beanstandung sollte der drittbetroffene Bürger gem. § 65 VwGO (fakultativ) beigeladen werden, wenn ihm die Maßnahme, die sich auf den beanstandeten Beschluß oder die gerügte Anordnung stützt, wesentliche Rechtspositionen eingeräumt hat [13].
Allerdings dürfte es sich nicht um eine notwendige Beiladung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO handeln. Denn der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im Prozeß Gemeinde-Kommunalaufsicht fehlt die hierfür erforderliche Rechtsgestaltungswirkung im Verhältnis zwischen Gemeinde und Drittbetroffenen [14].

III. Beanstandung und Vertrauensgrundsatz

Im Gegensatz zur Ersatzvornahme sind der kommunalaufsicht-

---

11) Art. 112 Satz 1 GOBay; §§ 121 Abs. 1 Satz 2 GOBaWü, 138 GOHess, 130 Satz 3 GONds, 121 Satz 2 GORhPf, 126 Satz 1 GOSaar, 123 Satz 3 GOSchHol

12) so im Ergebnis: Vorbeck S. 137 ff.

13) Helmreich-Widtmann Art. 112 Anm. 7

14) zum Begriff der notwendigen Beiladung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO:
BVerwG Urt. v. 10. März 1964, BVerwGE 18, 124 (126); BVerwG Urt. v. 25. Aug. 1966, NJW 1967, 123; Redeker/v. Oertzen § 65 Rdnr. 8; Kopp, VwGO § 65 Anm. 4; Eyermann-Fröhler § 65 Rdnr. 27

lichen Beanstandung transitorische Züge fremd. Sofern die Aufsichtsbehörde die Gemeinde auffordert, auf rechtswidrige Beschlüsse oder Anordnungen gestützte Maßnahmen zu revidieren, muß sich dieses Rückgängigmachungsgebot am rechtlichen Handlungsrahmen der Beanstandungsadressatin orientieren. Hat die Gemeinde einen rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt bereits vollzogen, so kann die Aufsichtsbehörde Beseitigung dieser rechtswidrigen Maßnahme von der Selbstverwaltungskörperschaft nicht verlangen [15]. Denn nach herrschender Lehre [16] und Rechtsprechung [17] zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte kann die Gemeinde Verwaltungsakte, die Dritten Vorteile gewähren, nur zurücknehmen, wenn das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das durch den Erlaß der fehlerhaften Maßnahme begründete Vertrauen des Adressaten auf die Beständigkeit der behördlichen Entscheidung überwiegt. Bei dieser Interessenabwägung wird Vertrauensschutz nur dann nicht bejaht, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes selbst zu verantworten hat [18].

---

15) VGH Bayern Urt. v. 5. Dez. 1957, VGH n.F. 11, 10 (19); OVG Münster Urt. v. 20. Aug. 1958, OVGE 14, 7 (11); Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 482; Schmidt/Bronner/Rehm § 121 Anm. I 3; Schlempp § 138 Anm. IV; Reuter S. 105 f. m.w.N. in Fußn. 6

16) Redeker/v. Oertzen § 42 Rdnr. 65 ff.; Eyermann-Fröhler Anh. § 42 Rdnr. 38 ff., jeweils m.w.N.

17) BVerwG Urt. v. 24. Aug. 1964, BVerwGE 19, 188 m.w.N.

18) z.B. durch Drohung, arglistige Täuschung, Bestechung oder pflichtwidriges Schweigen (dazu: Eyermann-Fröhler a.a.O. Rdnr. 40; Redeker/ v. Oertzen a.a.O. Rdnr. 66)

Lebenslauf

Am 29. August 1950 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Karl Heinrich Oexmann und seiner Ehefrau Anna Magdalene geb. Hollenders in Dortmund geboren.

Dort besuchte ich von 1957 bis 1961 die Volksschule, anschließend das Staatliche Altsprachliche Gymnasium. 1962 wechselte ich wegen des Umzuges meiner Eltern nach Hamm auf das dortige altsprachliche Gymnasium Hammonense, an dem ich im Mai 1969 das Abitur bestand.

Zum Wintersemester 1969/70 immatrikulierte ich mich an der Universität Münster im Fach Jura. Nach dem Tod meines Vaters meldete ich mich zum Beginn des 8. Semesters zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 15. Dezember 1973 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm bestand.

Am 1. März 1974 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Am 26. August 1976 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Seit dem 14. September 1976 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen, zunächst am Landgericht Dortmund, seit dem 15. November 1977 beim Oberlandesgericht Hamm.

Am 28. Mai 1977 habe ich Fräulein Ingeborg Pampel aus Hamm-Uentrop geheiratet.